

MECCANISMI DI ESCLUSIONE E
DIRITTO PENALE DEL NEMICO
(Pisa, 1° marzo 2008)

di *Livio Pepino**

1. Il fondamento delle *politiche di esclusione*

Nell'alternativa evocata dal titolo di questo nostro convegno («il carcere tra reinserimento ed esclusione») non c'è dubbio che il pendolo si sta spostando – si è già spostato – verso il secondo termine. Di più, l'esclusione e la differenziazione sono diventate il *segno* di questa fase, e non solo da quell'11 settembre 2001 che, nell'immaginario collettivo, ne costituisce l'inizio.

I veicoli della esclusione sono molteplici, a cominciare da quello – ovviamente fondamentale – della struttura sociale (come avrebbe detto il filosofo oggi non più di moda...), ma passano anche attraverso il diritto penale e il carcere, le cui torsioni hanno cause generali. Esse stanno – per dirla con Massimo Pavarini – nell'«afferinarsi a livello planetario di una nuova filosofia morale, di un determinato “punto di vista” sul bene e sul male, sul lecito e sull'illecito, sul meritevole di inclusione o di esclusione». La novità più dirompente degli ultimi anni è, infatti, il diffondersi di un *pensiero unico* (elaborato soprattutto negli Stati Uniti) che ha ridisegnato – ovunque – i sistemi istituzionali, i rapporti sociali, il concetto stesso di cittadinanza e di democrazia. Il suo postulato è che la garanzia dei diritti e della sicurezza degli *inclusi* passi necessariamente attraverso l'espulsione da quei diritti degli *esclusi*, cioè dei *non meritevoli*, dei marginali, dei migranti (i *nuovi barbari* da cui la società contemporanea deve difendersi con ogni mezzo) e la sua espressione politica è il governo *esclusivo* della società (e, quindi, della penalità) della *parte soddisfatta* del mondo. In questa visione, la sicurezza, la prosperità, la *felicità* si identificano con un ordine prestabilito e immodificabile, a cui corrisponde la necessità

* Per una più ampia analisi delle questioni qui esaminate rinvio al mio *La giustizia, i giudici e il «paradigma del nemico»*, in *Questione giustizia*, n. 4/2006, di cui questo intervento costituisce una sorta di *editio minor* (con qualche, limitato, aggiornamento).

«di respingere al di fuori, in qualche “esterno”, il disordine» (M. Revelli). Nascono da qui le moderne politiche securitarie, l'opzione della «tolleranza zero», la costruzione delle città e degli stati come «fortezze assediate» che stanno alla base del *revival* della segregazione e della contenzione.

2. Diritto penale *differenziato ed esclusione*

2.1. Il fenomeno più evidente che ha caratterizzato negli ultimi anni il nostro sistema penale è il tramonto (anche sotto il profilo formale) dell'uguaglianza, con conseguente progressiva sostituzione al diritto *uguale* di una sorta di diritto *differenziato*. In conseguenza di ciò i tradizionali codici "dei briganti" e "dei galantuomini" si sono diversificati in maniera più netta di quanto non fosse nello stesso sistema disegnato, negli anni trionfanti del fascismo, dal guardasigilli Alfredo Rocco.

2.2. L'articolazione del sistema nei codici *materiali* anzidetti è plasticamente rappresentata dall'art. 14, comma 5 *ter*, testo unico sull'immigrazione (inserito con decreto legge 14 settembre 2004, n. 241, convertito in legge 12 novembre 2004, n. 271) che, punendo con la reclusione da uno a quattro anni lo straniero che, senza giustificato motivo, si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore, ha reso tale reato più grave della totalità (o quasi) dei reati societari e dei falsi in bilancio (come modificati con il decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)¹. Questa previsione è, peraltro, solo la punta dell'iceberg di un processo di trasformazione della pena da sanzione per un determinato *fatto* a punizione (differenziata) per categorie di *soggetti*. Il *virus* antiegalitario ha inciso in profondità e su versanti disparati: da un lato ha inquinato il sistema anche nelle sue linee in qualche modo innovative, al punto che le (pur timide) prove di "diritto penale mite" sono state rigorosamente limitate ai rami alti della società²; dall'altro

¹ Il caso non ha uguali nel diritto comparato ma si inserisce, a dire il vero, in un filone già tracciato nella precedente legislatura, come dimostra l'art. 624 *bis* del codice penale, introdotto con la legge 26 marzo 2001, n. 128, che, elevando a fattispecie delittuosa autonoma lo scippo e il furto in luogo di privata dimora e prevedendo per essi la pena detentiva da uno a sei anni, ha reso, nella tavola dei valori tutelati, il *borseggio* di poche lire più grave della corruzione miliardaria.

² Emblematica è la nuova disciplina del falso in bilancio (realizzata all'inizio della scorsa legislatura con la legge 3 ottobre 2001, n. 366 e il conseguente decreto

si è esteso dall'entità delle pene ad altri profili ancor più anomali: basti pensare alla legge 5 dicembre 2005, n. 251, che ha codificato, per i recidivi, anche un diverso tempo per la prescrizione dei reati, una diversa possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione e una diversa operatività delle attenuanti generiche, così fornendo un vero e proprio distillato di diritto penale modellato sul "tipo d'autore".

2.3. Ulteriore (e ancor più evidente) manifestazione della strategia della disuguaglianza è il cosiddetto "diritto penale dello straniero", corollario di una disciplina dell'immigrazione caratterizzata dalla creazione artificiosa (mediante una disciplina ottusamente proibizionista) di una condizione diffusa di *irregolarità*, dalla sottolineatura della condizione di inferiorità dei migranti, dal perseguimento di un doppio livello di cittadinanza³ e dall'abbandono

legislativo 11 aprile 2002, n. 61), manifestazione inedita di *fuga dal carcere*, perseguita con la più vasta gamma di strumenti disponibili sul *mercato* giuridico: riduzione dell'area dei comportamenti illeciti, pene contenute (talora in modo irrazionale), ampie ipotesi di perseguibilità a querela, riconoscimento di un effetto estintivo del reato a condotte risarcitorie, termini di prescrizione ridotti (nonostante la complessità delle fattispecie e del relativo accertamento). Alcune delle tecniche normative utilizzate sono innovative e persino raffinate. Basti pensare alla previsione del nuovo art. 2629, comma 2, del codice civile, secondo cui, nel caso di operazioni effettuate in pregiudizio dei creditori, «il risarcimento del danno prima del giudizio estingue il reato» o a quelle del terzo comma del novellato art. 2621 stesso codice e del quinto comma dell'articolo successivo, secondo cui i falsi in bilancio non sono punibili «se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene» e, in ogni caso, se le stesse «determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al cinque per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'uno per cento». Ma – per limitarsi al profilo che qui interessa - le disposizioni richiamate sono destinate ai soli reati societari, mentre le condotte *virtuose* successive al fatto o l'irrilevanza (*rectius*, la scarsa rilevanza) del danno cagionato continuano ad essere indifferenti in tutti gli altri settori dell'ordinamento (anche, per limitarsi a un esempio, nel caso di furto di pochi chilowatt di energia elettrica realizzato interrompendo il flusso del contatore...).

³ Tra le manifestazioni più *ciniche* di questa impostazione merita segnalare l'art. 5 *bis* del testo unico sull'immigrazione (introdotta dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, nota come Bossi-Fini) che introduce il cosiddetto «contratto di soggiorno», subordinato al contratto di lavoro. Ciò ha come effetto automatico l'attribuzione al datore di lavoro una sorta di potere assoluto sul lavoratore, essendo evidente, nelle attuali condizioni economiche, che il licenziamento è l'anticamera della espulsione. L'attribuzione di tale potere consegna al datore di lavoro un ruolo *publicistico*, nel senso che il conseguimento o il mantenimento di uno *status* di rilevanza *pubblica* (quale la regolarità del soggiorno) finisce, di fatto, per essere rimesso al suo arbitrio.

del principio secondo cui la legge deve essere "cieca al colore". L'armamentario di questo capitolo di *diritto speciale* è stato, nell'ultimo decennio, esteso a vista d'occhio, in quantità e in qualità, con l'aumento abnorme delle pene per i reati *propri* degli stranieri, l'uso indiscriminato del giudizio direttissimo anche nei processi a piede libero, la previsione di una forma particolare di detenzione amministrativa (quella nei centri di permanenza temporanea) svincolata dai principi dell'*habeas corpus*, la sottoposizione a vessazioni e controlli sconosciuti ai cittadini e via seguitando.

2.4. L'area della penalità è aumentata non solo sotto il profilo *quantitativo* ma anche sotto quello *qualitativo*. In particolare sono cresciute in modo significativo – nei settori più *sensibili* - le fattispecie senza offesa *diretta* nei confronti di terzi e quelle "a tipicità ridotta". Costituita da fattispecie prive di immediata offensività è quasi *in toto* la disciplina degli stupefacenti e dell'immigrazione: e non è poca cosa, trattandosi di gran parte del "diritto penale del carcere"... Ma non basta. In un crescendo parossistico di ideologia repressiva si è giunti finanche a codificare, a fianco delle fattispecie anzidette, una sorta di inedito "diritto penale dell'apparenza". Il novellato art. 73, comma 1 *bis*, lett. *a*, testo unico stupefacenti (come modificato con la legge n. 49/2006) prevede, infatti, la punibilità della detenzione (e condotte assimilate) di «sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità (...), ovvero per modalità di presentazione (...), ovvero per altre circostanze dell'azione, *appaiono* destinate ad un uso non esclusivamente personale», dove la rilevanza penale della condotta è ricollegata non già all'*essere* ma all'*apparire*⁴.

⁴ Alla costruzione di un diritto penale dell'apparenza ha concorso anche – è doveroso sottolinearlo – la giurisprudenza prevalente di legittimità in tema di stupefacenti, giunta ad affermare la punibilità della cessione di "dosi" contenenti una quantità di principio attivo priva di effetto *drogante* con questa, davvero *stupefacente*, motivazione (più adatta a un bollettino di guerra che a un'aula di giustizia): «In tema di stupefacenti, scopo dell'incriminazione delle condotte previste dall'art. 73 dPR. n. 309 del 1990 è quello di combattere il mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale poiché, proprio attraverso la cessione al consumatore viene realizzata la circolazione della droga e viene alimentato il mercato di essa che mette in pericolo la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché il normale sviluppo delle giovani generazioni. Ne consegue che, avendo, nel nostro ordinamento, la nozione di stupefacente natura legale - nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti - la circostanza che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta "soglia drogante",

2.5. Caso esemplare di affievolimento abnorme della tipicità, sostituita da formule tanto evocative quanto (deliberatamente) imprecise, è, poi, quello della fattispecie di associazione con finalità di terrorismo internazionale di cui all'art. 270 *bis* del codice penale (come riscritto con decreto legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito in legge 15 dicembre 2001, n. 438), ancor più a seguito della definizione di «condotta con finalità di terrorismo» contenuta nell'art. 270 *sexies* (introdotto dal decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito in legge 31 luglio 2005, n. 155). In breve: *a1*) sono considerate «terroristiche» le associazioni che «si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico» (art. 270 *bis*, primo comma); *a2*) «la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale» (art. 270 *bis*, terzo comma); *a3*) sono considerate «con finalità di terrorismo» le condotte che «per la loro natura o contesto possono arrecare grave danno a un Paese o a un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i pubblici poteri o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia» (art. 270 *sexies*). L'incertezza regna sovrana. Per limitarsi ai profili più evidenti (in parte già emersi in sede applicativa): quali effetti ha sul sistema la mancata indicazione del requisito della «violenza» con riferimento alle «condotte con finalità di terrorismo»? c'è equivalenza tra terrorismo ed eversione con riferimento agli atti commessi (o progettati) in danno di Stati esteri? è indifferente che lo Stato destinatario delle condotte incriminate abbia o meno un ordinamento democratico? è irrilevante la circostanza che i comportamenti in questione si collochino o meno in un contesto bellico? i soggetti attivi dei reati di terrorismo internazionale possono essere anche le forze armate di uno Stato? L'elenco dei profili indeterminati potrebbe proseguire ma tanto basta a dimostrare che non

in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, non ha rilevanza ai fini della punibilità del fatto» (Cass., sezioni unite, 24 giugno – 21 settembre 1998, Kreml, riv. n. 211073).

si tratta di *incertezze* di poco momento...

2.6. La descritta *flessibilizzazione* della fattispecie non è (solo) frutto di infortuni tecnici o di oggettive difficoltà di formulazione ma risponde alle esigenze del già ricordato "pensiero unico" che porta alla esclusione dei "nemici della società" in senso lato, ovvero dei *nuovi barbari* da cui la società contemporanea deve difendersi con ogni mezzo, anche non codificato (per meglio rispondere al mutare delle situazioni). Al fondo di questo pensiero unico – è bene averlo presente – si affaccia, neppure troppo mascherato, il sogno perverso della *nouvelle vague* della criminologia americana, ormai trasfuso anche in film di successo come *Minority Report*, di individuare preventivamente le "categorie a rischio", per isolarle e rinchiuderle in quanto tali (per quel che sono e per quel che appaiono) indipendentemente dalla commissione di reati.

3. Prassi e orientamenti giudiziari nella stagione dello "scontro di civiltà" e della guerra preventiva

3.1. In questo contesto accade talora che istituti sostanziali e processuali, ancorché formalmente immutati, siano *rivisitati*, anche in misura rilevante, da nuove prassi o nuovi orientamenti giurisprudenziali. Accade da sempre: i criteri di organizzazione degli uffici, le priorità nella trattazione degli affari, i metodi di lavoro, le stesse interpretazioni delle norme (basta consultare i repertori delle riviste giuridiche) risentono, a volte in misura consistente, del *clima* e delle *sensibilità* esterne. Nulla di anomalo, ma, ad evitare che la giurisdizione sia, di fatto, eterodiretta, le linee di tendenza (spesso tortuose e frutto di progressivi aggiustamenti) vanno colte per tempo. Soprattutto nei settori *sensibili*, com'è quello degli interventi nei confronti dei "nemici della società" [espressione comprensiva, in realtà, di categorie eterogenee che vanno, volta a volta, dagli *hooligans* agli immigrati clandestini, dagli *squatters* agli anarchici (insurrezionalisti o meno), dai fondamentalisti islamici ai sospetti terroristi (autoctoni o internazionali) e via elencando].

3.2. Ciò che più frequentemente si contesta (o – a seconda dei casi – si richiede...) a pubblici ministeri e giudici è la dilatazione delle fattispecie associative (e non solo di quelle). Il fenomeno non è certo nuovo, ma oggi è particolarmente acuto ed emerge in tutta evidenza

nei procedimenti che hanno a che fare con le nuove forme di terrorismo o di ribellismo diffuso (spesso impropriamente equiparate). Non di rado, soprattutto nelle pronunce cautelari, la questione della struttura organizzativa e degli altri elementi costitutivi del reato associativo sfuma sin quasi a scomparire: «i programmi di violenza lo si evince più da dialoghi infarciti di radicalismo religioso islamico che non dal rapporto tra mezzi e obiettivi (vds. ord. Trib. Milano, 29 aprile 2003, Daki); i vincoli associativi si concretizzano non tanto nell'assunzione di specifici ruoli nell'organizzazione o nei materiali apporti di rafforzamento dell'ente ma in manifestazioni di adesione ideologica alla *jihad*, ricavabili da un linguaggio antagonistico rispetto alla cultura occidentale e finanche dalla disponibilità di strumenti di propaganda quali riviste terroristiche (Cass. 13 ottobre 2004, Laagoub): insomma, scontandosi la fisiologica indeterminatezza del reato associativo e la carenza di massime di esperienza sul fenomeno, la risposta penale finisce per risentire della collocazione ambientale, dei percorsi di vita e della professione del credo religioso dell'imputato». Con riferimento alla galassia anarchica, la giurisprudenza di merito è giunta a ritenere l'esistenza del reato associativo – con una sorta di contraddizione in termini – in presenza di «strutture non verticistiche ma collegate tra di loro da un forte vincolo associativo prevalentemente di natura personale e accomunate dalle cosiddette pratiche di attacco al dominio (...) con caratteristiche di imprevedibilità, immediatezza e *spontaneismo*»⁵. Ciò – merita sottolineare – avviene in presenza di una giurisprudenza di legittimità, pur originariamente elaborata con riferimento ad altra tipologia di imputati, secondo cui, da un lato, «il reato di cui all'art. 270 *bis* codice penale (associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico), è un reato per la cui configurabilità occorre l'esistenza di una struttura organizzata, con un programma comune fra i partecipanti, finalizzato a sovvertire violentemente l'ordinamento

⁵ Così giudice per indagini preliminari di Roma, 26 luglio 2004, L.M. + altri (citata in C. Novaro, *I nuovi sovversivi: normativa antiterroristica e reati contro la personalità dello Stato nei processi a carico di anarchici e antagonisti*, in *Antigone*, n. 1/2006, 141). L'autore segnala altresì il frequente utilizzo, ai fini della prova della partecipazione al reato associativo, di «elementi sintomatici di dubbia conclusione quali, ad esempio, i rapporti continuativi con persone ritenute inserite nell'ambito associativo, la partecipazione a manifestazioni di solidarietà nei loro confronti, la presenza a loro processi, insomma, di elementi che fanno riferimento alla storia personale dell'indagato e alle sue scelte politiche più che alla commissione di fatti specifici» (ivi, 145).

dello Stato e accompagnato da progetti concreti e attuali di consumazione di atti di violenza, con la conseguenza che la semplice idea eversiva, non accompagnata da propositi concreti e attuali di violenza, non vale a realizzare il reato, ricevendo tutela proprio dall'assetto costituzionale dello Stato che essa, contraddittoriamente, mira a travolgere»⁶ e, dall'altro, al fine della prova della partecipazione di un indagato al reato associativo, non vale fare riferimento all'adesione psicologica o ideologica al programma criminale, ma la dichiarazione di responsabilità necessita di un concreto passaggio all'azione dei membri del gruppo, sotto forma di *attività preparatorie* rispetto alla esecuzione di reati fine oppure all'assunzione di un ruolo concreto nell'organigramma criminale⁷. Nella stessa logica della *dilatazione delle fattispecie* si collocano altre scelte giudiziarie: dall'estensione abnorme delle ipotesi di concorso morale per fatti avvenuti nel corso di manifestazioni⁸ alla disinvolta assimilazione di fenomeni eterogenei come il conflitto sociale, il ribellismo e la pratica del terrorismo⁹.

3.3. Ciò a cui il *nemico* sembra non avere diritto poi è, spesso, una motivazione congrua (quando non una motivazione *tout court*). Ci sono esempi clamorosi. Quanto all'area del ribellismo, è stato ripetutamente segnalato come, grazie a una amplificazione abnorme del già *elastico* orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui «i gravi indizi di reato, e non di reità, che, ai sensi dell'art. 267 cod. proc. pen., costituiscono presupposto per il ricorso alle

⁶ Cass., sez. 1, 11 maggio – 20 giugno 2000, procuratore generale in proc. Paiano e altri, riv. n. 216253 e Cass., sez. 1, 7 aprile – 10 agosto 1987, Angelici, riv. n. 176516. Nello stesso senso, con riferimento all'area anarchica, Cass., sez. 1, 21 novembre 2002, Pellissero, in *Foro it.*, 2004, II, 29 ss. e, con riferimento al fondamentalismo islamico, Cass., sez. 1, 15 giugno 2006, TS, (inedita).

⁷ Così, da ultimo, Cass., sez. unite, 12 luglio – 20 settembre 2005, Mannino.

⁸ Il più recente esempio in tal senso è quello della condanna pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare di Milano il 19 luglio scorso nei confronti di diciotto imputati per i "disordini" avvenuti l'11 marzo 2006 in corso Buenos Aires (vicenda caratterizzata anche dal particolare *rigore* delle contestazioni e dalla notevole durata della custodia cautelare, all'esito della quale ben nove imputati sono stati assolti).

⁹ Emblematica è la contestazione, da parte della Procura della Repubblica di Bologna, dell'aggravante dell'eversione dell'ordine costituzionale di cui all'art. 1 del decreto legge n. 625/1979 (con conseguente applicazione da parte del giudice per le indagini preliminari di misura cautelare, poi annullata dal tribunale del riesame con ordinanza confermata dalla Corte di cassazione) nei confronti di due imputati per l'occupazione di uno stabile adibito a "copisteria proletaria".

intercettazioni attengono all'esistenza dell'illecito penale e non alla colpevolezza di un determinato soggetto, sicché per procedere legittimamente ad intercettazione non è necessario che tali indizi siano a carico di persona individuata o del soggetto le cui comunicazioni debbano essere captate a fine di indagine»¹⁰, strumenti come le intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali sono utilizzati *a pioggia*, anche per lunghi periodi, coinvolgendo, con motivazioni stereotipe e di stile, un numero rilevante di persone non sottoposte alle indagini per il solo fatto di aver partecipato a un dibattito o a una manifestazione, ovvero di aver fatto una telefonata o inviato una e.mail a un indagato, e via seguitando¹¹.

3.4. La *disattenzione* alla motivazione ha come corollario lo scadimento della *cultura della prova*. Molti, anche qui, gli esempi possibili. Non si tratta solo della frequente confusione, in casi singoli, tra sospetto (anche labile) e indizio¹²; lo *scadimento* riguarda, talora, lo stesso impianto di alcuni clamorosi processi nei confronti di presunti terroristi islamici¹³, amplificati (nella fase iniziale) sui *media* e letteralmente *crollati* alla verifica del dibattimento, ove sono emersi la mancanza dei necessari controlli sulle informative provenienti da Servizi segreti anche stranieri (*sic!*), l'uso disinvolto di "brogliacci" di intercettazioni in realtà del tutto incomprensibili (anche con l'ausilio di tecniche raffinate), la mancanza di accertamenti peritali doverosi su

¹⁰ Cass., sez. 1, 3 dicembre 2003 – 8 aprile 2004, Prota e altro, riv. n. 227914.

¹¹ Così, C. Novaro, *I nuovi sovversivi*, cit., 143-144. Una dura censura all'«uso improprio di intercettazioni a fini preventivi» e alla violazione, in esse, delle regole sulla competenza territoriale può leggersi in alcuni decreti con cui diversi giudici per le indagini preliminari di Napoli hanno respinto, nell'ottobre 2001, le richieste del pubblico ministero di proroga delle intercettazioni su una trentina di utenze, formulata in un procedimento avente ad oggetto l'attività della rete No global nell'Italia meridionale.

¹² Il caso tipico, ormai divenuto esemplare, è l'arresto, avvenuto all'indomani dell'11 settembre 2001 a Bologna, di alcuni islamici, *colpevoli* di avere commentato criticamente, durante una visita turistica alla cattedrale di San Petronio, un quadro contenente una riproduzione di Maometto... Ma le cronache riferiscono quasi quotidianamente esempi analoghi anche a livello internazionale: basti pensare all'arresto ad Amsterdam, il 23 agosto scorso, su un aereo statunitense di alcuni passeggeri che, dopo la partenza, «si scambiavano dei telefonini».

¹³ Il riferimento è ai procedimenti per il presunto progettato attentato alla rete idrica dell'ambasciata degli Stati Uniti a Roma e per il rinvenimento di tritolo in un appartamento di Ostia.

sostanze sequestrate ¹⁴. Né vanno sottaciute la frequente *approssimazione* delle massime di esperienza utilizzate (anche per la difficoltà di far fronte a fenomeni nuovi) e l'ancor più diffusa adesione a luoghi comuni, come quelli che acriticamente collegano immigrazione clandestina e terrorismo internazionale, che costituisce l'*humus* culturale di abnormi inasprimenti del trattamento sanzionatorio ¹⁵.

3.5. A ciò si affianca la frequente trasformazione del processo in una indagine permanente, *senza luogo né tempo*. Un caso emblematico – e non certo isolato – è descritto da C. Novaro ¹⁶: «A.D. viene indagato per partecipazione ai gruppi anarco-insurrezionalisti dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino dal febbraio al giugno 1996 e poi dall'agosto 1998 al luglio 1999, dalla Procura milanese dalla fine del 1999 all'ottobre 2003 e, infine, dalla Procura romana dalla fine del 2003 al luglio 2005. Dunque, dal 1996 al 2005, A.D. è stato sottoposto, quasi ininterrottamente, ad indagini in procedimenti penali diversi ma tutti aventi ad oggetto l'area anarco-insurrezionalista e tutti conclusi con richieste (e successivi decreti) di archiviazione nei suoi confronti. Nell'ambito di questi procedimenti egli è stato sottoposto a numerosi controlli e perquisizioni e a ripetute e periodiche intercettazioni telefoniche e ambientali sul veicolo di sua proprietà e nella sua abitazione. Inutile dire che quelli citati sono i soli processi emersi dagli uffici delle diverse procure di cui A.D. è riuscito ad avere conoscenza. Di non pochi procedimenti non si ha, invece, notizia se non fortuitamente a distanza di mesi o anni, posto che molti tra essi non superano la soglia del rinvio a giudizio. La logica che li ispira sembra essere quella di

¹⁴ Gli episodi citati ben potrebbero essere determinati da errori isolati o da scarsa professionalità di singoli, ma tale ipotesi *consolatoria* sembra esclusa dal loro ripetersi e dall'assenza di qualsivoglia reazione sia nella corporazione dei giudici che nell'opinione pubblica (a differenza di quanto avviene in altri settori e per comportamenti assai meno preoccupanti).

¹⁵ È il caso della introduzione *di fatto*, per via giurisprudenziale, del reato di "immigrazione clandestina". Il migrante irregolare, infatti, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità deve essere punito, per il suo *status*, addirittura tre volte (e, se del caso, contemporaneamente): la prima perché non esibisce all'autorità di polizia il documento di identità; la seconda perché non ottempera all'ordine di allontanamento; la terza perché, convocato in questura per la "verifica della sua posizione", non si presenta...

¹⁶ C. Novaro, *I nuovi sovversivi*, cit., 138.

mantenere un monitoraggio investigativo continuo su una specifica area politica, il cui risultato potrà eventualmente essere proficuamente speso successivamente». Evidente, in ciò, l'abbandono della logica del processo (che ha, per definizione, termini e regole di competenza predeterminati) ed anzi la torsione del processo in indagine di polizia. Ad analoghe considerazioni conduce l'analisi di vicende processuali assai note come quella dell'indagine dell'autorità giudiziaria di Cosenza nei confronti della *Rete meridionale del sud ribelle* in cui alla gravità delle contestazioni (che vanno dalla associazione sovversiva all'attentato contro organi costituzionali) corrisponde un processo "contenitore" costruito sulla base di una *curiosa* lettura delle regole della competenza territoriale e degli elementi costitutivi del reato associativo.

3.6. È in questo contesto che si collocano le (poche) indagini e i (quasi inesistenti) processi relativi a denunciati episodi di *tortura*¹⁷ nei confronti di persone rientranti, a diverso titolo, nella categoria dei "nemici". I casi più eclatanti degli ultimi tempi sono quelli delle vessazioni e mortificazioni inflitte nel marzo e nel luglio 2001, all'esito delle manifestazioni di Napoli e di Genova in occasione del Global Forum e del G8, a giovani *antagonisti o no global* (o anche a semplici passanti)¹⁸. Per essi si è pervenuti, nonostante mille polemiche e ostacoli, al dibattimento (per le violenze avvenute nella caserma di Bolzaneto ormai prossimo alla conclusione in primo grado). Ciò è particolarmente inquietante perché, lungi dall'essere casuale, si colloca in un contesto in cui il Parlamento nazionale elude da oltre vent'anni l'obbligo di inserire nel codice penale uno *specifico* delitto di tortura coerente con la previsione dell'art. 1 della Convenzione di New York del 10 dicembre 1984¹⁹ e le pratiche di

¹⁷ È considerato tortura, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di New York sottoscritta il 10 dicembre 1984 e ratificata dall'Italia con legge 3 novembre 1988, n. 498 «ogni atto mediante il quale siano inflitti intenzionalmente a una persona dolore o sofferenze gravi allo scopo di ottenere informazioni o di punirla, a condizione che il dolore o la sofferenza siano inflitti da o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale».

¹⁸ Cfr., al riguardo, L. Pepino, *Genova e il G8. I fatti, le istituzioni, la giustizia*, in *Questione giustizia*, n. 5/2001.

¹⁹ Come noto, nella scorsa legislatura, quando ormai l'introduzione del delitto di tortura sembrava prossima, il relativo iter parlamentare è stato bruscamente interrotto a seguito dell'approvazione da parte dell'allora maggioranza, nell'aprile 2004, di un emendamento proposto da esponenti della Lega che stravolgeva il testo prevedendo la necessità che le violenze o le minacce concretanti tortura siano «gravi e reiterate»

tortura non solo si diffondono anche in Italia e nell'intera Europa ma sembrano trovare giustificazione e legittimazione anche sul piano teorico²⁰, dopo averle avute su quello pratico²¹.

4. Il revival dell'illusione repressiva e il boom del carcere

4.1. Governare i conflitti con la repressione è una risalente illusione della politica criminale che, nel nostro Paese, era stata in qualche modo ridimensionata e contenuta attraverso alcuni interventi legislativi degli anni Settanta: su tutti, il decreto legge 11 aprile 1974, n. 99, fonte di un generalizzato abbassamento delle pene (realizzato attraverso l'estensione della possibilità di bilanciamento tra circostanza attenuanti e aggravanti, l'elevazione da uno a due anni del *quantum* di pena compatibile con la sospensione condizionale della pena, la modifica della disciplina della continuazione), e la riforma penitenziaria introdotta con legge 26 luglio 1975, veicolo di una inedita flessibilità della pena (realizzata mediante la possibilità di sua modificazione e riduzione nella fase esecutiva).

4.2. Questo percorso si è interrotto già negli ultimi due decenni del secolo scorso ma è nella legislatura appena conclusa che è intervenuto un vero e proprio ribaltamento di prospettiva il cui epilogo sta nella riforma novellistica del codice penale del dicembre 2005 (legge n. 251/2005 nota, nel gergo politico, come ex Cirielli) e nelle modifiche della disciplina dell'immigrazione (legge 30 luglio 2002, n. 189) e degli stupefacenti (legge 21 febbraio 2006, n. 49). I passaggi della *svolta* sono numerosi e talora deflagranti: aggravamento generalizzato

(sic!).

²⁰ Sino a ieri la citazione d'obbligo era quella di A.M. Dershowitz, *Terrorismo*, Roma, 2002. Oggi, peraltro, molte altre se ne possono aggiungere sino all'editoriale di A. Panebianco *Sicurezza e fondamentalisti della legalità. Il compromesso necessario* (*Corriere della sera*, 13 agosto 2006) e al dibattito che ne è seguito sui maggiori quotidiani.

²¹ La violenza poliziesca a cui si fa qui riferimento non è infatti – la cosa merita di essere sottolineata – un "effetto non voluto", ma una parte essenziale della strategia di contrasto *muscolare* del nemico: i bastoni nel retto per *far cantare*, le uccisioni *per errore* di presunti colpevoli, la dotazione alla polizia di pallottole *dum dum* (vietate persino, per i loro effetti devastanti, dall'esercito degli Stati Uniti) sono corollari delle strategie di "tolleranza zero" (come, con compiaciuto cinismo, affermava lo staff del sindaco di New York, Giuliani, rilevando che «non si possono fare frittate senza rompere qualche uovo»).

(e spesso abnorme) delle pene soprattutto per i recidivi²²; dilatazione dei termini per la prescrizione in caso di reiterazione nel reato; restringimento, sempre per i recidivi, dell'ambito di applicabilità delle misure alternative al carcere; ampliamento, in particolare nei settori dell'immigrazione e degli stupefacenti, delle fattispecie prive di offensività diretta a terzi.

4.3. Il *revival* dell'illusione repressiva (elevata a sistema di governo del conflitto sociale e politico) ha determinato – né avrebbe potuto essere altrimenti – una drastica crescita del carcere e, più in generale, dell'area penale punitiva. Il *boom* del carcere è, in realtà, risalente: dal minimo storico di 25.804 detenuti del 31 dicembre 1990²³ si è, infatti, passati a 47.709 al 31 dicembre 1996, 53.165 alla stessa data del 2000, 59.523 a fine 2005 e 61.264 al 30 giugno 2006, alla vigilia dell'indulto. Conseguenza della crescita dei reati – si potrebbe dire – ma non è così, ché, secondo le rilevazioni periodiche del Ministero dell'Interno e dell'Istat, la curva dei reati (quella reale, non quella cangiante e utilitaristica dei manifesti elettorali) è stazionaria o addirittura in calo (con picchi verso l'alto solo nel 1991 e nel 1996).

4.4. Alla crescita del carcere e della pena si è accompagnata – si sta accompagnando – una loro significativa trasformazione. Nei suoi tre secoli di storia il carcere è stato, nel bene e nel male, uno strumento di inclusione (più o meno *forzata*)²⁴ e altrettanto è stato per la pena, che significativamente l'art. 27, terzo comma, della Costituzione vuole «tesa alla rieducazione del condannato». Oggi, invece, essi sembrano acquisire una diversa *curvatura* in direzione della esclusione dalla cittadinanza sociale della «sottoclasse, più o meno estesa, spesso connotata anche in termini etnici, cui è negato

²² Il riferimento culturale è quello americano, sintetizzato nello slogan «tre volte e sei eliminato», che ha determinato nelle legislazioni di molti Stati, a partire dagli anni Ottanta, imponenti svolte repressive, sino al punto di prevedere che la terza violazione della legge penale (in alcuni casi senza distinzione, in altri con riferimento ai soli delitti di sangue) comporta la condanna all'ergastolo.

²³ Il dato è, in verità, *drogato* dagli effetti dell'indulto concesso con il dPR 22 dicembre 1990, n. 394, ma abbastanza prossime sono le rilevazioni al 31 dicembre 1989 (30.421) e al 31 dicembre 1991 (35.469).

²⁴ Proprio su questo ruolo del carcere si sono appuntate alcune delle analisi critiche più accreditate degli ultimi decenni del secolo scorso, a cominciare dall'ormai classico *Sorvegliare e punire* di M. Foucault (trad. italiana Einaudi, Torino, 1976).

l'accesso legittimo alle risorse economiche e sociali disponibili e che viene rappresentata come pericolosa, percepita come una minaccia per la sicurezza sociale e, *in conseguenza della sua esclusione*, per la sicurezza fisica e patrimoniale dei cittadini»²⁵. Vanno in questo senso, implementando il tradizionale sistema di incapacità e interdizione dettato dall'art. 32 del codice penale, la già ricordata esclusione dalle misure alternative di un'area crescente di detenuti (individuati in base alle caratteristiche soggettive più che alla natura del reato commesso) e, in un settore *sensibile* come l'immigrazione, l'espulsione del cittadino extracomunitario a titolo di misura di sicurezza e/o di misura sostitutiva o alternativa prevista dagli articoli 15 e 16 del decreto legislativo n. 286/1998²⁶.

4.5. Ma c'è di più. Nel riassetto in corso della politica criminale spicca – aprendo una sorta di percorso a ritroso²⁷ – il venir meno del monopolio della giurisdizione sulle limitazioni della libertà personale (che pure l'art. 13, secondo comma, della Costituzione consegna in via esclusiva all'autorità giudiziaria, con l'ulteriore limitazione dei «casi e modi previsti dalla legge»). La manifestazione più eclatante di questa tendenza è la "detenzione amministrativa" (per un massimo di sessanta giorni) degli stranieri destinatari di provvedimento di espulsione negli appositi centri di permanenza temporanea e assistenza²⁸, introdotti dalla legge n. 40/1998 (Turco-Napolitano) e potenziati dalla legge n. 189/2002 (Bossi-Fini). Gli *ospiti* dei centri ammontano annualmente a

²⁵ Così E. Santoro, *Carcere e criminalizzazione dei migranti: una politica «da tre soldi»*, in F. Berti e F. Malevoli (a cura di), *Carcere e detenuti stranieri*, Franco Angeli, Milano, 2004, 44 e 51.

²⁶ Anche in questo caso il modello di riferimento è quello degli Stati Uniti, in cui dodici Stati prevedono per molte categorie di condannati l'esclusione dal godimento dei diritti politici (fra essi la Florida e l'Alabama, dove, come conseguenza di tali disposizioni, poco meno di un quarto dei maschi neri è definitivamente privato del diritto di voto) e quasi tutti gli Stati inibiscono il voto ai detenuti durante l'esecuzione della pena, con effetti di esclusione *razziale* di immediata evidenza, ove si consideri che su otto adulti reclusi, ben sette sono neri (cfr. E. Santoro, *Carcere e società liberale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2004).

²⁷ Negli ultimi decenni del secolo scorso si era infatti compiuto il lungo viaggio di eliminazione (o significativa riduzione) delle ipotesi di privazione della libertà da parte dell'autorità amministrativa e senza commissione di reati presenti soprattutto nel settore minorile e in quello della sofferenza psichica.

²⁸ La qualificazione di queste strutture come centri di detenzione *tout court* non è forzata né arbitraria considerate le caratteristiche tipicamente detentive delle stesse (strutture chiuse, sorvegliate dall'esterno e prive di possibilità di uscita per gli *ospiti*).

10-15.000. Il dato, ingente in sé, diventa impressionante se esaminato comparativamente a quello degli stranieri detenuti. L'effetto *di sistema* è dirimpente. I centri di detenzione prefigurano, e in pare già realizzano, un carcere *parallelo* di dimensione prossima (almeno per alcune categorie di detenuti) a quello tradizionale e caratterizzato dalla mancanza di collegamento della detenzione con la commissione di un reato, di correlazione della stessa con la finalità dichiarata²⁹ e di un effettivo controllo giudiziario *di merito* sugli ingressi e sulle modalità della custodia.

5. A mo' di conclusione

In questa situazione, c'è ancora posto per i giudici (e con essi, per un accertamento imparziale e per una "pena giusta")? o, forse, sono diventati superflui? oppure saranno sempre più chiusi in una nicchia con un ruolo di "resistenza" di fronte all'inevitabile degenerazione del diritto penale (per usare una recente provocazione di Massimo Pavarini)? Domande inquietanti, che dovrebbero aprire anziché chiudere il discorso. Ma una *stella polare* esiste. Il giudizio penale, il *jus dicere*, risente inevitabilmente della logica dello scontro: «se l'accertamento riguarda un'organizzazione criminale che perdura al tempo del giudizio – sono ancora parole di M. Donini –, il giudicante si sentirà sotto due fuochi, in conflitto tra due logiche contrapposte: la dimensione serena delle garanzie, la *Magna Charta* del delinquente da un lato; l'idea di scopo e di lotta alla criminalità dall'altro, come obiettivi *congiunti* dello strumento penalistico: arma e diritto, lotta e garanzia sul limite emergenziale di stati di eccezione».

È un equilibrio difficile, ma il cedimento alle passioni e pressioni esterne – come ricorda il Manzoni nel criticare i giudici della colonna infame – «non è una scusa, ma una colpa».

²⁹ Nella maggioranza dei casi infatti, secondo gli stessi dati forniti dal Ministero degli interni, alla permanenza in CPT non segue l'espulsione sì che la detenzione amministrativa realizza semplicemente, di fatto, una sanzione detentiva per i *riottosi*, inottemperanti al decreto di espulsione.