

Recensione di impronta penalistica a G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano, 2022, pp. 1-192

ROBERTO D'ANDREA*

Maggiori informazioni disponibili all'indirizzo:

<https://www.mondadoristore.it/Populismo-Costituzione-Fabio-Pacini-Giacomo-Delledonne-Giuseppe-Martinico-Matteo-Monti/eai979122060075/>.

Data della pubblicazione sul sito: 29 novembre 2022

Suggerimento di citazione

R. D'ANDREA, *Recensione di impronta penalistica a G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini, Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano, 2022, pp. 1-192, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Allievo del corso di PhD in Diritto nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: roberto.dandrea@santannapisa.it.

Il testo in commento affronta il fenomeno populista sotto varie dimensioni: da quella dogmatico-descrittiva (ma non senza proiettarsi anche sul piano del dover essere costituzionale), a quella diacronica, dalle vicende di più scottante attualità del nostro Paese alla sua estrinsecazione relazionale e dunque mediatico-comunicativa. Naturalmente, trattasi di vasi intercomunicanti e reciprocamente integrantisi, e non di una analisi a compartimenti stagni. Cionondimeno, per facilitare l'esposizione, ci si soffermerà su ciascuno di questi distintamente, salvo, laddove opportuno, richiamare aspetti di un piano diverso da quello di volta in volta trattato.

Sotto il profilo dogmatico-descrittivo (e deontico, nel senso che si è detto), il populismo presenta, secondo quanto esplicitato nel saggio di Martinico, talune costanti: in sintesi, identità, immediatezza, manicheismo, assolutismo democratico riduzionistico, mimetismo e parassitismo. Tali caratteri costituiscono il filo rosso che percorre l'intero volume e si estrinsecano al massimo grado, come si vedrà, nel populismo *penale*; essi si pongono, secondo unanime visione degli autori, irrimediabilmente in contrasto con il costituzionalismo liberaldemocratico: l'artificiosa identità costruita da tutti i movimenti populistici oblitera infatti una cifra essenziale delle Costituzioni post-secondo dopoguerra, ovvero il pluralismo ed il riconoscimento della pari dignità delle *distinte* posizioni di ciascuno, in una logica inclusiva e non dicotomica-esclusiva del contingente avversario (identificato come nemico da debellare). Pluralismo che, si badi bene, non dissolve le identità (operazione che vorrebbe condurre, per offrire un esempio richiamato da Martinico, chi intenda caducare la tutela delle identità nazionali prevista dall'art. 4.2 TUE, violando la regola per cui *abusus non tollit usum*), ma le esalta. Come affermava Ciampi, si può essere benissimo, al contempo e senza contraddizioni, membri di un Comune, di una Provincia, di una Regione, di uno Stato, di una comunità più ampia (Unione europea, Grande Europa etc.) e della Terra. Nessuna opposizione sussiste, infatti, come afferma Martinico¹, fra costituzionalismo e cosmopolitismo (tanto che addirittura Ferrajoli giunge ad asserire la contrarietà allo spirito costituzionalistico della stessa cittadinanza²), purché le identità convivano con leale cooperazione (come prescrive anche l'art. 4.3 TUE) e non mirino reciprocamente a distruggersi o a prevaricare o comunque a chiudersi l'una all'altra. Si comprende allora perché i populismi in seno all'Unione europea racchiudano in sé ampie componenti perlomeno euroscettiche (se non apertamente anti-europee): rifiutano la leale cooperazione e invocano unicamente un'identità di tipo monadico, avulsa dalle altre identità. Se l'Europa, secondo una famosa espressione, è *unitas multiplex*, essa non può essere

¹ G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI e F. PACINI, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano, 2022, cit., p. 27.

² Il riferimento è a L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Bari-Roma, 2021, p. 178 ss. Il binomio costituzionalismo-cosmopolitismo connota anche l'opera, del medesimo autore, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022.

accettata dai populistici, che ricsano per statuto ontologico la molteplicità, salvo poi accusare l'Europa di impotenza quando ciò faccia loro comodo, come avviene rispetto ai temi dell'immigrazione (ove il relativo diritto penale tende a colorarsi delle sinistre fattezze del diritto penale *del nemico* preconizzato da Jakobs³) o a tutti i compiti, in generale, che l'Unione europea attuale non è in grado di assolvere proprio in virtù della stessa vischiosità sovranista dei populistici che pur la accusano di impotenza.

Il popolo, nelle ricostruzioni populistiche, è un *unicum* indistinto, una perfetta sfera parmenidea, del tutto omogenea, senza contrasti e senza differenze: esso ha una unica voce, che è quella della maggioranza, intesa come fosse un fenomeno naturale e onnipotente; l'interprete di questa voce, a sua volta, è unico, ed è, tendenzialmente, l'esecutivo: l'iter, peraltro, nel nostro Paese, come dimostrano i saggi del volume in commento, va nel senso del relativo rafforzamento. Chi dissente o si distingue, è il nemico, sia esso formato da minoranze deboli o da una élite forte (non si può, al riguardo, non evocare la folgorante immagine schmittiana del rapporto amico-nemico). Non a caso, i principali destinatari, diretti o indiretti, delle norme penali del Governo più populista della storia repubblicana (cioè il Governo Conte I) sono stati tanto i soggetti più deboli della società (gli immigrati, nei decreti cc.dd. "Sicurezza" salviniani⁴), quanto i soggetti socialmente più inseriti (l'esempio emblematico è offerto dalla legge c.d. "Spazzacorrotti"⁵). Dal carattere, poi, drasticamente identitario discendono anche l'impostazione volta a perseguire l'immediata attuazione della volontà popolare (e cioè dell'esecutivo) e la vocazione manichea. L'immediatezza deriva dalla visione artificiosamente semplificata della identità ed il manicheismo da una visione artificiosamente semplificata della diversità. L'immediatezza è il rifiuto di tutte le mediazioni che si frappongono alla attuazione della volontà popolare (anch'essa peraltro,

³ La letteratura penalistica in materia è assai vasta. Senza pretesa di completezza, v. M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 19 ss.; M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 32 ss.; G. FORNASARI, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2020, p. 1049 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa University Press, Pisa, 2014, p. 2 ss.

⁴ In materia, cfr. R. RAZZANTE (a cura di), *Decreti sicurezza: profili penali processuali: commento al d.l. n. 53/2019, conv. con modif. l. n. 77 e al d.l. n. 130/2020 conv. con modif. l. n. 173/2020*, Giuffrè, Milano, 2021.

⁵ L. n. 3/2019, su cui si veda, per tutti, G. FLORA, A. MARANDOLA, *La nuova disciplina dei delitti di corruzione: profili penali e processuali*, Pacini, Pisa, 2019. Sul più ampio tema, tuttavia, del rapporto fra probabilità di incorrere in responsabilità penali e grado di inserimento del reo nel tessuto sociale, F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 2 ss., ove l'Autore teorizza la c.d. prima legge del rischio (penale), secondo cui maggiore è il prestigio sociale di cui gode un soggetto, maggiori sono le possibilità che a questi si trovi a rispondere penalmente di qualche reato.

nelle forme della volontà della maggioranza, tutt'altro che naturale ma anche essa artificiale e normativa⁶), di tutti i limiti e le forme che debbono canalizzare la sovranità spettante al popolo, non a caso pretermessi nel discorso di Conte in cui egli rivendica il proprio populismo⁷: se quest'ultimo è il fenomeno dal centro sottile, nelle democrazie costituzionali il centro è amplissimo, ed anzi forse il centro è tutto (se si considera che gli estremi appartengono solo alla sfera del non decidibile, per eccellenza sottratta alla politica contingente⁸). In questo rifiuto delle mediazioni si iscrive anche l'enfaticizzazione del ruolo dei referendum e della loro componente plebiscitaria (nel testo si dà poi ampio conto del perché non si possa mutuare il modello elvetico), nonché, come emerge nell'ultimo saggio⁹, la strumentalizzazione della apparente disintermediazione delle piattaforme o "piattaformizzazione" del dibattito pubblico.

Se, come si è detto, l'identità populistica è la semplificazione del sé e l'immediatezza è la semplificazione della relativa manifestazione ed estrinsecazione, il manicheismo è la semplificazione in chiave oppositiva dell'altro da sé, non solo nell'impostazione dicotomica amico-nemico ma anche attraverso l'eliminazione di componenti essenziali della stessa democrazia cui tanto ferventemente si appellano i populistici: l'odio verso le élite oblitera il merito e la competenza, che pur non dovendo dar luogo a soverchie disuguaglianze e a punizioni dei "non meritevoli", non possono essere ignorati in quanto si fondano sull'utilità comune¹⁰ (avere gente capace di svolgere gli incarichi cui è chiamata, e remunerata in ragione della sua capacità); la demonizzazione di minoranze, che invece devono essere, come si è detto, protette proprio in un sistema democratico. Il diritto penale costituisce, del resto, il braccio di cui si servono le forze populiste per punire il nemico di turno: ne è emblematica la vicenda legata al c.d. decreto "anti-rave"¹¹, oltre a tutti i riferimenti di populismo penale che campeggiano nel volume in parola, dalla "legge Spazzacorrotti" ai "decreti sicurezza"¹². E anche qui non si può fare a meno

⁶ L'argomento trova la sua massima espressione in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, *passim* ma specialmente p. 60 ss. e 116 ss.

⁷ G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione*, cit., p. 18.

⁸ La terminologia è tratta dall'opera di Luigi Ferrajoli. Si possono ricordare, in particolare, L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 3 ss. e ID., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, pp. 329 ss.

⁹ G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione*, cit., p. 101 ss.

¹⁰ Come recita il celebre art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 ("Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune").

¹¹ D. l. n. 162/2022, conv. in l. n. 199/2022. Per una succinta analisi delle disposizioni ivi recate, A.R. CASTALDO, *In G. U. la legge di conversione anti-rave: (breve) riflessioni (poco) critiche*, in *Altalex*, 5/01/2023.

¹² Cfr. note 5 e 6.

di rimarcare però come sia le forze che si oppongono a tali orientamenti (che si sono manifestati soprattutto sul versante destro dello schieramento politico), sia la maggior parte degli studiosi di diritto penale, non abbiano compiutamente fatto da argine a simili derive manicheistico-autoritarie, le prime ricorrendo anch'esse secondo convenienza all'inasprimento del diritto penale, i secondi non sviluppando appieno i principi che possono fungere da limite all'intervento penale, come il principio di offensività, materialità, sussidiarietà e meritevolezza di pena, e accogliendo una nozione fumosamente manichea come quella di bene giuridico o, peggio, superandola con concetti ancora più vaghi, come la tutela di funzioni¹³. L'istanza di immediatezza fa

¹³ Si formulino in questa sede due soli esempi della svalutazione di questi principi da parte della dottrina più autorevole: F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 482, sostiene che “la discussione sull'*extrema ratio* lascia il tempo che trova, e rischia di diventare anzi, alla fine – paradossalmente –, lo strumento che giustifica il mancato ritrarsi del diritto penale da ambiti che gli sono estranei”; secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2013, VIII ed., p. XLIII, il principio di *frammentarietà* non costituirebbe “un rigoroso limite per il legislatore: per la difficoltà di una netta *distinzione tra beni meritevoli e immeritevoli di tutela penale*” e per “la difficoltà di distinguere tra i *diversi gradi di offesa* e di individuare le offese di gravità intollerabile (le ‘macroffese’). Per l'impossibilità di una misurazione precisa di *gradi di efficacia delle sanzioni penali ed extrapenali*, date le insuperabili carenze o il dubbio valore di rilevazioni empirico-statistiche di comparazione”; “per la non fattibilità di *previe sperimentazioni*. Per l'incertezza circa la *spettanza dell'onere probatorio* sull'esistenza di sanzioni extrapenali efficaci al legislatore o al ricorrente innanzi alla Corte cost. Per la *non azionabilità* innanzi a tale corte. E perché, se realisticamente intesa, la “*sussidiarietà*” deve tenere conto del duplice dato che i più sono allarmati non tanto dai fatti offensivi di entità spersonalizzate (fisco, economia, ecc.), quanto e innanzitutto dalla piaga della “criminalità diffusa”, incidente sulla qualità della vita quotidiana. E che ad essi deve essere assicurata un'adeguata tutela, senza la quale sono inevitabili i crescenti fenomeni degenerativi dell'autodifesa e autogiustizia e dei *delitti di reazione*”. L'Autore subito dopo lamenta il crescente divario tra aspirazioni ideali e diritto positivo, correlato all'aumentare della quantità e al diminuire della qualità del diritto penale. Siamo convinti che di quest'ultimo duplice fenomeno siano corresponsabili tanto la dottrina, che, come abbiamo appena visto, non ha in alcun modo valorizzato i principi di *extrema ratio* e frammentarietà nella loro vincolatività costituzionale, quanto la Corte costituzionale, con il suo sindacato sulle norme poste in essere dal legislatore tanto blando, quanto è (spesso immotivatamente) severo il suo vaglio di ammissibilità dei quesiti referendari, anche se garantistici. Al miglioramento della qualità delle norme giuridiche (sia sotto il profilo della tecnica di redazione che sotto quello della compatibilità costituzionale) tutti devono dare il loro contributo, senza trincerarsi dietro ragionamenti come quelli testé richiamati. Gli abusi legislativi vanno denunciati come tali, ed il diritto penale costituisce spesso il modo più semplice per liberarsi dal compito di risolvere i problemi sociali in maniera *sistemica*. Per fare un solo esempio, si potrebbe avanzare l'ipotesi che per evitare l'“autogiustizia” basti spesso un risarcimento *tempestivo*, e dunque servirebbe velocizzare i processi civili, anziché fare la corsa alla norma più repressiva.

tutt'uno con l'assolutismo democratico riduzionistico, cioè la tendenza a imporre sempre e comunque l'omogenea volontà dell'omogenea e naturale maggioranza, identificando in questa imposizione, e solo in questa, l'autentica democrazia. Il meccanismo riduzionistico si articola in più colli di bottiglia: gli esseri umani si riducono ai cittadini e ai membri omogenei della comunità (non è un caso l'interpretazione di Lorenzo Fontana dell'insegnamento del Vangelo "ama il prossimo tuo come te stesso" secondo cui il prossimo sarebbe colui che "ti sta vicino", chi quindi appartenga alla tua stessa comunità), i cittadini si riducono ad un indistinto popolo, il popolo si riduce alla sua (artificiale e spesso in realtà neppure tale) maggioranza, la maggioranza si riduce all'esecutivo, spesso a sua volta ridotto alla figura carismatica e alla volontà di un capo, incarnazione ultima della volontà popolare.

Si deve inoltre ritenere che la formula, anche al di là del riduzionismo, "assolutismo democratico", si configura come una *contradictio in adiecto*, giacché la democrazia, lungi dal poter essere assoluta, contiene in sé stessa, nella sua stessa definizione, i limiti all'assolutismo: oltre al principio di maggioranza, che è indubbiamente un aspetto della democrazia, è parimenti democratico il principio contro-maggioritario, volto a tutelare tanto le minoranze intese come categorie economicamente e/o socialmente deboli (immigrati, vagabondi, nullatenenti, disabili, carcerati, emarginati di ogni genere) quanto, più in generale, i diritti e le libertà fondamentali, spettanti senza eccezione a tutti gli esseri umani, a prescindere dalla relativa categoria di appartenenza (cittadini, stranieri, apolidi etc.) e a prescindere dal fatto che essi formino parte della maggioranza o della minoranza; il principio contro-maggioritario non è un principio antidemocratico, ma è la forma più alta di democrazia, perché germina dall'istanza, modernissima e rivoluzionaria, di natura personalistica (non meramente individualistica): il personalismo rovescia, dopo millenni, la medaglia, consentendoci di guardarla dal lato della persona prima ancora che dal lato della società o dei gruppi di cui la medesima faccia parte¹⁴

Sul rarefarsi, invece, del bene giuridico, a sua volta peraltro perfettamente funzionale (nella sua vaghezza e sostanziale indefinibilità) per giustificare le scelte di incriminazione più disparate, F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 17 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 17 ss. e G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim* ma soprattutto p. 65 ss.

¹⁴ Su tale rivoluzione copernicana, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 54 ss.: sul piano storico "la figura deontica originaria è il dovere, non il diritto" (10 comandamenti, codice di Hammurabi etc.); e se diritti e doveri costituiscono, secondo una nota immagine, il dritto e il rovescio della medesima medaglia, e se l'Autore si domanda quale delle due figure sia il dritto e quale il rovescio, ad avviso di chi scrive non pare peregrino affermare che storicamente si è sempre vista la medaglia dal rovescio, dal lato cioè dei doveri, in quanto il dritto, assiologicamente e teleologicamente, sono i diritti. In ogni caso, afferma Bobbio, si è guardato (al diritto e) alla morale dal lato della società, del gruppo e della sua difesa (tanto che, ricorda l'Autore, 'non uccidere' valeva solo *dentro il gruppo* e non fuori). Oggi la prospettiva si è rovesciata e (tanto il diritto quanto) la morale viene guardata dal punto di vista dell'individuo. Questa prospettiva peraltro si salda con una visione

(dato invece assodato per millenni, atteso che il diritto nasce prima di tutto per proteggere il gruppo di appartenenza dagli altri gruppi, secondo una logica tanto organicistica quanto irriducibilmente dicotomica, all'insegna della polarità amico-nemico): non importa che il gruppo o la comunità di appartenenza deliberi di violare i diritti dell'individuo che ne faccia parte, perché i diritti fondamentali di quest'ultimo prevalgono sulla volontà di lederli di tutti gli altri. Per dirla con B. Constant, quando “una qualunque autorità attenta alla parte di esistenza individuale che non è di sua competenza, poco importa da quale fonte questa autorità dica di derivare, poco importa che essa si definisca individuo o nazione: essa potrebbe essere la nazione intera, meno il cittadino che opprime, e non sarebbe meno illegittima”¹⁵. Questo è il senso delle clausole di eternità e questo è il senso della sfera del non decidibile ferrajoliano: non sono strumenti dittatoriali ma solo “punti di non regressione”¹⁶, punti da cui non si può tornare indietro: sono infatti suscettibili di modifica migliorativa, ma non di compressione. Non sono cristallizzazioni della storia ma forze propulsive. E del resto, come sostiene Bobbio nell'*Età dei diritti*, persino la regola della maggioranza tanto cara ai populistici trova la sua ragion d'essere ed il suo significato ultimo nella valorizzazione della singola persona umana, del singolo individuo: la maggioranza, quale che sia la sua artificiale ricostruzione, è la somma aritmetica di volontà individuali rilevanti come tali, e senza queste ultime la regola della maggioranza non può essere compresa né spiegata¹⁷.

kantianamente cosmopolita, secondo la quale il fine è ciascun singolo essere umano in carne ed ossa, che non può essere mai strumentalizzato per alcun fine sovraindividuale e che non vale di più o di meno per il fatto di appartenere ad una determinata categoria sociale.

¹⁵ B. CONSTANT, *Le reazioni politiche*, trad. it. a cura di S. DE LUCA, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 114 ss. Queste parole, se così si può dire, sono l'antidoto autenticamente liberale contro ogni veleno populistico.

¹⁶ L'espressione è tratta da M. PRIEUR, G. SOZZO (a cura di), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2012, per come citato da M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, p. 293.

¹⁷ Ancora una volta, vale la pena ricordare N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 116 ss.: “Oggi il concetto stesso di democrazia è inscindibile da quello dei diritti dell'uomo. Eliminate una concezione individualistica della società. Non riuscirete più a giustificare la democrazia come forma di governo. Quale migliore definizione della democrazia se non quella secondo cui in essa gli individui, tutti gli individui, hanno una parte della sovranità?”. L'Autore poi propone, personalisticamente, di attribuire la sovranità ai cittadini più che al popolo, che è una espressione di cui, secondo l'Autore, si sono avvalsi tutti i regimi dispotici. E prosegue: “piaccia o non piaccia, la società democratica non è un corpo organico ma una somma di individui. Se non fosse così, non avrebbe alcuna giustificazione il principio di maggioranza, che pure è la regola fondamentale di decisione democratica [...]. Concezione individualistica e concezione organica della società sono irrimediabilmente in contrasto. Assurdo domandarsi quale sia più vera in senso assoluto. Non assurdo ma assolutamente ragionevole, affermare che l'unica vera per capire e far capire che cosa sia la democrazia, è la seconda, non la prima [...]. Attraverso l'antividualismo sono passate

Per questa ragione lo stesso termine “popolo”, se non è inteso come insieme di singoli cittadini, rischia di diventare fuorviante, e la relativa “sovranità”, se non letta alla luce delle aperture costituzionali a realtà politiche sovra-nazionali e alla luce dei limiti alla sovranità dettati dall’esigenza di tutelare i diritti fondamentali, si rivela ormai o priva di ogni valenza o contraria al costituzionalismo¹⁸.

Alla luce di tutto ciò può dirsi che, nell’alveo del costituzionalismo, anche l’orbaniana democrazia illiberale è una contraddizione in termini: senza le acquisizioni liberali, non esiste democrazia. Al riguardo, non si può non osservare come il concetto di sovranità, di ascendenza westfaliana, possa ormai, dopo i buoni (ma non sempre buoni) servigi che ha reso, essere serenamente accantonato con tutti gli onori, in favore di nozioni più moderne e aderenti ai valori costituzionali (provocatoriamente: si può parlare di servitù?). Perché, per venire agli ultimi caratteri del populismo, ovverosia mimetismo e parassitismo (che sembra sostanzialmente una endiadi), se è vero che i populisti strumentalizzano e pervertono taluni concetti chiave del costituzionalismo (libertà di manifestazione di pensiero, su cui *infra*, popolo, sovranità), è anche vero che questi concetti spesso si prestano, quasi fisiologicamente, ad essere strumentalizzati. Tutti questi caratteri si proiettano, sul piano del dover essere, nei tre approcci costituzionalistici al fenomeno populista¹⁹: quello legato ad una visione di radicale incompatibilità fra il fenomeno populista ed il costituzionalismo post-totalitario; quello secondo cui il populismo conterrebbe una teoria costituzionale e quello che parla apertamente di costituzionalismo populista nel segno della democrazia illiberale, dimentico tuttavia della natura normativa del costituzionalismo (posto che trasforma la democrazia costituzionale in un puro strumento di governo di maggioranza ed esecutivo, laddove invece la democrazia costituzionale nasce proprio per limitare il governo di maggioranza ed esecutivo).

La vera questione teorica sollevata dal populismo, infine, secondo Martinico²⁰, è se il diritto costituzionale abbia ancora bisogno o meno della nozione di potere costituente. Al di là di come esso sia stato configurato, secondo Dogliani il concetto di potere costituente può essere ormai pacificamente dismesso, posto che la sua unica funzione sarebbe quella di attentare e negare i diritti fondamentali. E in ogni caso neppure il principale teorico del potere costituente, l’abate Sieyès, ha concepito il potere costituente

più o meno tutte le dottrine reazionarie [...]. [N]on c’è nessuna costituzione democratica, a cominciare da quella repubblicana italiana, che non presupponga l’esistenza d’individui singoli che hanno diritti in quanto tali. E come si potrebbe affermare che sono ‘inviolabili’, se non si presupponesse che, assiologicamente, l’individuo è superiore alla società di cui viene a fare parte?”.

¹⁸ Cfr. sul punto la nota precedente.

¹⁹ G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione*, cit., p. 16 ss.

²⁰ *Ivi*, p. 36.

come un potere illimitato, attesa la cogenza del diritto naturale. Solo C. Schmitt arrivò a tanto²¹. Si vedrà tuttavia alla fine come esso possa essere recuperato in chiave sovranazionale, anche se solo in parte. Il profilo diacronico (ricostruito nel testo in esame, dal Fronte dell'Uomo Qualunque a Tangentopoli a FI, Lega Nord, in parte il Partito democratico di Renzi, Lega e M5S), nonché le considerazioni di attualità, non fanno che confermare il perdurare dei caratteri delineati. Storicamente, inoltre, il populismo ha portato seco, nel nostro Paese, tendenze indebitamente unificanti (identità-popolo-maggioranza-sovranià) e tendenze indebitamente disgregatrici (manicheismo-élite-terrori-immigrati-Europa-etc. come nemici da debellare). Il primo aspetto si desume in particolare dalla costante e inesorabile tendenza, in progresso di tempo, ad un rafforzamento del potere esecutivo e ad uno svilimento del potere per eccellenza più carico di mediazioni, ovvero sia il Parlamento; tendenza ulteriormente corroborata dalla tensione maggioritaria espressa anche dai cittadini italiani, i quali, nel 1993, si espressero con referendum abrogativo a favore di un sistema elettorale a vocazione maggioritaria. Il risultato di questo tendenziale rifiuto delle mediazioni istituzionali fu, paradossalmente, il rafforzamento del potere giudiziario, del potere cioè meno legato al circuito democratico-elettivo di tutti gli altri²².

Dal punto di vista, da ultimo, mediatico, vengono evidenziati nel testo i fenomeni di disintermediazione (apparente, perché in realtà seguita sempre da una reintermediazione) e piattafornizzazione del dibattito pubblico, di cui si servono i movimenti populistici, unitamente alla strumentalizzazione di libertà costituzionali come la libertà di espressione, per veicolare disinformazione e *fake news* (non sempre vittoriosamente, anche perché, in virtù del suaccennato fenomeno di reintermediazione, i privati che controllano le piattaforme si sono già attrezzati per escludere determinate *fake news* o pagine o utenti dai social network, suscitando anche rilevanti perplessità di ordine costituzionale) e, in generale, tirare acqua al proprio mulino indebitamente

²¹ *Ivi*, p. 37.

²² Sul rafforzamento del ruolo della giurisprudenza, la quale è assurta, secondo alcuni studiosi, addirittura a fonte del diritto, la letteratura è ormai corposa. Con precipuo riferimento alla sola materia penale, *ex multis*, si veda, sulla generale crisi della legalità, A. BERNARDI ET AL., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008; P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, p. 1 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, ESI, Napoli, 2012, *passim* ma specialmente p. 15 ss.; E. DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2004, p. 50 ss.; G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro italiano*, 2000, p. 137, ora in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, CEDAM, Padova, 2002, p. 3 ss.; M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1998, p. 204; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *L'Indice Penale*, 1999, p. 527 ss.; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 230 ss.

unificante e indebitamente disgregatore²³. Si porrà comunque il problema di recuperare le piattaforme ed i social network al diritto pubblico (es. responsabilizzazione degli Internet Service Providers), per tutelare, come prescrive la nostra Costituzione anche attraverso la valorizzazione dei vincoli derivanti dalla CEDU, tanto il diritto di informare quanto quello di essere informati, e quindi, rispettivamente, tanto il pluralismo esterno (proprietari) e interno (voci politiche) quanto l'accuratezza, precisione e attendibilità delle informazioni.

Il testo si conclude, non topograficamente ma concettualmente, con l'esortazione a "superare un approccio puramente difensivo alle pretese populiste". Ebbene, uno spunto in tal senso può essere subito suggerito. Ad avviso di chi scrive, sarebbe opportuno, ricuperando la legittima istanza di partecipazione politica al contenuto delle decisioni pubbliche²⁴, valorizzare lo strumento del referendum non già per bypassare le vie istituzionali della democrazia rappresentativa, bensì in funzione garantistica e per correggere un esercizio abusivo o distorto del potere governativo o parlamentare²⁵, nonché, più in generale, le forme di democrazia partecipativa (o di democrazia rappresentativa non elettiva) in corso di sperimentazione in alcuni ordinamenti (come in Francia): trattasi, in sostanza²⁶, di assemblee di cittadini estratte a sorte e rappresentative, inclusivamente, dell'intero corpo elettorale, ivi comprese le minoranze di ogni genere; tali assemblee decidono sulla base delle informazioni ricevute da esperti sui temi sottoposti alla loro attenzione, senza doversi preoccupare di ottenere un consenso contingente o di vincere le elezioni successive²⁷. Solo conciliando il garantismo delle istituzioni con la passione politica popolare si potrà rispondere non populisticamente alle istanze populiste.

²³ Sul delicato e generale rapporto fra diritto penale e informazione, e dunque fra libertà di pensiero, di cronaca e di critica e diritto di essere informati accuratamente nonché diritto all'onore, v. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela penale dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974; C. DE MAGLIE, G. INSOLERA, L. PISTORELLI, *Diritto penale e informazione*, in *discrimen.it*, 2009, p. 3 ss., e AA. *ivi cit.*

²⁴ Partecipazione, del resto, più volte incoraggiata dalla nostra Carta costituzionale (dal riconoscimento della sovranità popolare all'uguaglianza sostanziale, dal diritto di voto al diritto di associarsi in partiti politici, dall'iniziativa legislativa popolare al referendum abrogativo, e via discorrendo).

²⁵ Ne costituiscono un esempio emblematico, ad avviso di chi scrive, i referendum sull'omicidio del consenziente e sulle sostanze stupefacenti, dichiarati tuttavia inammissibili dalla Corte costituzionale, con discutibili pronunce (per un commento alla decisione sull'omicidio del consenziente, sia consentito rinviare a R. D'ANDREA, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistema penale*, 2022).

²⁶ Con molte incertezze e correzioni di rotta, tuttavia: per osservazioni più particolareggiate, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1671015808_447.pdf.

²⁷ Per una analisi di questo strumento, v. D. VAN REYBROUCK, *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico*, trad. it. a cura di M. PINACONI, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 9 ss.