ALESSANDRO BONDI

DIRITTO AL MURO*

SOMMARIO: I. Diritto, paura, economia. – 1. Fatto. – 2. Spazi. – 3. Diritti costituenti. – 4. Persone. – 5. Paure. – 6. Carcerieri incarcerati. – 7. Costi e benefici. – 8. Il prezzo del reato. – 9. Politica senza economia. – II. Diritto, ragione, sistemi. – 1. Viaggio nel tempo. – 2. Infinita crescita. – 3. Publio Aelius Hadrianus. – 4. Roma, America, Europa. – 5. Sintassi dell'economia. – 6. Atto di consapevolezza. – 7. Ragioni del diritto. – 8. Gestione del diritto. – 9. Diverso e comune nel diritto. – 10. Vuoto legislativo. – 11. Pretese pericolose. – III. Diritto, Rivoluzione, Costituzione. – 1. È il 1989. – 2. Cosa stava succedendo? – 3. *Nomen Omen*. – 4. Legge Fondamentale o Costituzione? – 5. Riunificazione o annessione? – 6. La Costituzione presa sul serio. – 7. La dignità dell'uomo. – IV. Diritto, tempo, legge. – 1. Ricorrenze. – 2. Guerra fredda. – 3. Alle porte della Giustizia. – 4. Stato di diritto. – 5. Due ordinamenti in uno. – 6. Giurisprudenza delle Corti federali. – 7. Scomparsa della irretroattività. – 8. Azioni e reazioni. – 9. Responsabilità e garanzie.

I. DIRITTO, PAURA, ECONOMIA

Cercando fatti da tradurre in norme e norme che chiedono la verifica dei fatti, il giurista approccia la politica senza dimenticare la toga. L'argomento che si offre alla pazienza di chi legge riguarda Mura Muraglie Valli: un Muro considerato nel suo complesso, noto a storia e a civiltà diverse. Trump ne ha annunciato uno; la Germania ne ha abbattuto un altro. In mezzo 25 anni di occasioni perse e prospettive da raccogliere: non solo europee, ma con l'Europa nel cuore¹.

Si parte dal più recente, dal Muro americano accompagnato dagli impicci del diritto. E, viste le premesse, è bene confessare che il Muro, nelle sue varianti materiali tecnologiche culturali, diventerà il pretesto per ragionare di politica criminale chiamata a gestire con la pietra filosofale delle pene gli affanni della società: vera e propria alchimia tra sicurezza e garanzie, tra paure e diritti. Cronaca e storia, politica ed economia, definiranno il contesto neces-

---

* Per raggiungerci, hai abbattuto ogni Muro. Grazie mamma.

¹ Il testo riprende miei editoriali pubblicati su La Piazza 2017/2-4.

sario al diritto per svolgere la sua funzione, con qualche cognizione di causa e di legittimità democratica.

Infine, se al giurista si può forse perdonare un approccio logico che non rifugge le pulsioni e un contesto sociale che nulla sottrae all'analisi giuridica, quel che invece non gli si può perdonare è l'uso disinvolto della prima persona che, però, ha permesso di confessare il proprio pre-giudizio: la pre-comprensione dell'esperienza che è stata motore di quanto scritto².

1. Fatto.

Il diritto incline alla pena parte da un fatto. Il fatto è parte di un fenomeno. Il fenomeno ha trovato cronaca nella pressione migratoria cui si è opposto il progetto di un *Muro* lungo la frontiera tra il Messico e gli Stati Uniti d'America.

Ricerca scientifica, curiosità, film, storia mi hanno portato spesso in questo Stato-continente. Eppure non lo conosco. L'ho intravisto, soffermandomi sulle coste. Ma New York, Boston, San Francisco non sono gli Stati Uniti; sono una parte degli Stati Uniti così come Boise, Oklahoma City, Little Rock. Ma là sono diversi. Non hanno porti che li legano al mondo e gli aeroporti non contano: sono un *duty free* confinato dai *metal detector*. Se nella *East* e *West Coast* degli Stati Uniti si sentono americani cittadini del mondo, in mezzo si sentono solo cittadini americani, paghi di quell'autosufficienza che la politica europea chiama isolazionismo ma che, per il cittadino di Boise, Oklahoma City, Little Rock è semplicemente uno *spazio*: una frontiera nel mito della frontiera. Anche per il diritto.

2. Spazi.

Il diritto, soprattutto quello penale, si trova a suo agio con lo spazio circoscritto da una frontiera: definisce un ambito di validità di cui potrebbe fare a meno solo concentrandosi sulla persona. In via sussidiaria, la validità spaziale della disposizione penale assurge come regola per la tutela internazionale di beni giuridici universali: i *core crimes* rappresentati dai *crimini di guerra, contro l'umanità, contro la pace*³.

² A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, C.H. Beck, 2007, p. 8.

³ H. SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Europäisches Strafund Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 8^a, 2018;

L'idea di uno spazio politico-economico-culturale autosufficiente realizza uno spazio istituzionale. Ed è qualcosa che tanto sfugge all'europeo quanto è innato all'americano, con ragioni cui il giurista non rimane indifferente, se ritiene il diritto scienza a servizio della società⁴.

Lo spazio diventa così il riflesso di chi lo vive e con esso s'identifica⁵, pur vivendo un'impresione ricorrente. Gli Stati Uniti d'America sono solo una parte dell'America, sebbene lo statunitense sia diventato l'americano per antonomasia, almeno per chi non vive su quel continente. D'altronde, gli Stati Uniti sono uno Stato enorme di un continente enorme: quasi dieci milioni di chilometri quadrati, 6 fusi orari, 4.490 chilometri tra New York e Los Angeles. Il *molto* come il *poco* spazio ha perciò rappresentato una sfida della convivenza. Per la persona in qualche luogo degli Stati Uniti, il diritto è stato spesso un'opzione lontana; e la sua esecuzione, ha conosciuto forme fin troppo sbrigative quanto partecipate⁶.

Ma non solo per la persona fisica lo spazio gioca un ruolo. Anche per i cinquanta Stati che compongono gli USA. È propria della tradizione federale, con venature confederate, il sospetto verso eccessive intromissioni del governo centrale. Pericolo registrato dal 2° emendamento della Costituzione statunitense che, con generico riferimento alla *Libertà di uno Stato*, sancisce il diritto dei cittadini di possedere, per legittima difesa, armi utili a una

---

K. AMBOS, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, München, C.H. Beck, 5^a, 2018, p. 102; K. AMBOS, *Rechtsgutprinzip und Harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung der Funktion des Völkerstrafrechts*, in *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Duncker & Humblot, 2013, p. 1285-1310; F. NEUBACHER, *Kriminalität der Mächtigen vor internationalen Strafgerichten: Was heißt hier kriminell?* in T. ROTSCH, J. BRÜNING, J. SCHADY (Edd.), *Strafrecht - Jugendstrafrecht - Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis*, Nomos, 2015, p. 653-668.

⁴ B. BRYSON, *America perduta: in viaggio attraverso gli Usa*, tradotto da A. POGGI e A. M. GALLIAZZO, Feltrinelli, 2015; G. DE CATALDO, *L'oppio dei popoli. Intervista a Jennifer Haigh*, in «Repubblica» (7 ottobre 2018); D. FOSTER WALLACE, *La mia lettera all'America che verrà*, in «Repubblica» (9 settembre 2018); P. ROTH, *C'era una volta l'America (e l'Europa)*, in «Repubblica» (11 giugno 2017).

⁵ R. ELISABETTA, *La temibile frontiera che sta dentro di noi (recensione)*, in «Sole 24 Ore» (3 marzo 2019).

⁶ *United States | History, Map, Flag, & Population*, *Encyclopedia Britannica*, in <https://www.britannica.com/place/United-States> (consultato: 2 marzo 2020); *Stati Uniti d'America nell'Enciclopedia Treccani*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/stati-uniti-d-america> (consultato: 2 marzo 2020).

milizia oltre che al singolo. Diritto inusuale quanto travisato. In proposito, è interessante notare che il contesto pubblico della legittima difesa era in origine prevalente rispetto a quello individuale, così come il carattere onnicomprensivo del riferimento alla '*Libertà di uno Stato*', vale a dire, a non escludere il diritto di difesa dei singoli Stati verso il governo centrale, laddove a Washington fosse venuto in mente di ridiscutere gli *spazi di potere* che ancora oggi separano lo Stato federale dagli Stati federati.

3. Diritti costituenti.

Con tanto spazio fisico e istituzionale, i diritti come i doveri diventano legami da mettere su una bilancia, soppesando vantaggi e svantaggi.

I cinquanta Stati sono figli di tredici colonie inglesi su suolo americano; colonie che rivendicarono il diritto dei cittadini di essere politicamente rappresentati, perché contribuenti di un fisco poco amato (*no taxation without representation*). Nondimeno, la conquista dell'indipendenza è stata un'epifania dei diritti della persona, annunciando che tutti gli uomini sono stati creati *uguali* e dotati di *diritti inalienabili* come la *vita, la libertà, e il perseguimento della felicità*. Era il 1776.

Una nazione era così nata definendo in un arco costituzionale i diritti fondamentali della persona che sono il naturale contrappeso dell'autorità – all'occorrenza – armata di pena. Solo tredici anni dopo ci sarebbe stata la Rivoluzione francese, da cui l'Europa fa partire la sua modernità e molto diritto⁷.

4. Persone.

Altre guerre e acquisizioni territoriali da Francia, Spagna, Messico, Russia hanno infine reso gli USA la quarta nazione al mondo per estensione dopo Russia, Cina, Canada. Insomma, tra America e Asia, due a due nella gara dei più grandi. In mezzo l'Europa, piccola madrepatria, ma ricco serbatoio d'emigrazione che ha avuto negli USA una destinazione privilegiata. Una migrazione che ha importato in America idee e speranze ed esportato in Europa rimesse e diritti.

---

⁷ L. FERRAJOLI, *L'America, la conquista, il diritto. L'idea di sovranità nel mondo moderno*, in «Meridiana» (1992) 15, p. 17-52; G.P. FLETCHER, *American Law*, Oxford University Press, 2005, p. 105 ss.; L.M. FRIEDMAN, *Storia del diritto americano*, Giuffrè, 1995, p. 103 ss.

Oggi sono 325 milioni gli statunitensi. Un crogiolo di gruppi etnici: 72,4% di bianchi; 12,6% di neri; 4,8% di asiatici; 0,9% di nativi americani; 0,2% delle isole del Pacifico. E sono tanti i legami di territorio o di lingua: 50,7 milioni di tedeschi; 50,4 milioni d'ispanici; 42 milioni di afroamericani; 37,5 milioni di britannici; 34,5 milioni di irlandesi; 20 milioni di asiatici; 18 milioni d'italiani; 11,8 milioni di francesi; 6,4 milioni di ebrei⁸.

Insomma, se non bastasse lo spazio fisico e istituzionale statunitense, sarebbe sufficiente considerare le persone e le loro culture, per cercare formanti originali in una giustizia che, nel procedimento ordinario statunitense, penale e civile, non è gestita da un *giudice in nome del popolo* bensì dal *popolo espresso in una giuria*⁹.

5. Paure.

«*Yes, we can – yes, we did*». Così Barack Obama ha concluso il suo discorso di commiato dalla Presidenza degli Stati Uniti¹⁰. Per atteggiamento e cultura, gli USA preferiscono trovare soluzioni anziché dilungarsi nell'analisi di un problema. L'importante è che funzioni, non come ci si è arrivati. Il diritto spesso segue questa tendenza e la nomina presidenziale – ma a vita – dei giudici della Corte suprema sente la contingenza politica. Le statistiche su economia, disoccupazione, ricerca sembrano dare loro ragione, quando il problema è l'economia e la disoccupazione. Ma alle statistiche spesso sfugge la percezione, il disagio, il timore viscerale dei WASP (*White Anglo-Saxon Protestant* della classe media) di perdere la loro centralità nella società USA, dopo che gli USA l'hanno persa nell'economia del mondo. L'inquietudine è forte e la reazione non si è fatta attendere. A una candidata poco credibile

⁸ WIKIPEDIA, voce 'USA' censimento 2010 (consultato: 30 dicembre 2019).

⁹ W. BURNHAM, *Introduction to the law and legal system of the United States*, Thomson/West, 5^a, 2011; M.E. WILLIAMS (Ed.), *The jury system*, Greenhaven Press, 1997; L. CORSO, *Giustizia senza toga. Giuria, democrazia e senso comune*, in «Criminalia» (2008), p. 347-381; M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, il Mulino, 2003; G.P. FLETCHER, S. SHEPPARD, *American Law in a Global Context: The Basics*, Oxford University Press, 2005; S. GIFIS, *Law Dictionary (Barron's Legal Guides)*, Barron's Educational Series, Inc., 5^a, 2003; J.H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford Univ. Press, 2003; F. PASSANI, *Brevi osservazioni sui verdetti dei giurati*, JSTOR, in «Riv. Internazionale Scienze sociali e discip. ausil.» 54 (1910), p. 212-219; N. VIDMAR (Ed.), *World jury systems*, Oxford University Press, 2000; M.E. WILLIAMS (Ed.), *The jury system*, Greenhaven Press, 1997.

¹⁰ B. OBAMA, *Farewell speech*, Chicago 10 gennaio 2017 <https://www.nytimes.com/video/us/politics/> (15 marzo 2017).

gli americani hanno preferito un candidato incredibile. Dal 20 gennaio 2017, Donald Trump è il 45° Presidente degli Stati Uniti d'America¹¹.

6. Carcerieri incarcerati.

Trump ha promesso un Muro lungo i 3.000 km del confine tra gli USA e il Messico. Un Muro contro la paura, contro la manodopera a buon mercato, contro il disavanzo commerciale da 60 miliardi: contro il diverso¹².

Ma un *Muro* contro gli altri è un *Muro* contro il riflesso di sé visto negli altri. La storia lo ricorda. La muraglia cinese, prototipo di ogni *Muro* per la sua imponenza; il vallo di Adriano, passo indietro dell'Impero Romano dopo la conquista; il *Muro* di Berlino, frattura di una Germania spezzata in due dalla follia di una guerra mondiale: quasi sempre testimoniano timore, raramente sicurezza¹³.

La storia non è un argomento americano, perché molti americani sono scappati da una storia; perché non vogliono più essere coinvolti nella storia delle guerre europee, presi come sono dalle proprie guerre in giro per il mondo; perché sono cresciuti con l'idea che loro è il futuro anche se, con la crisi, sono costretti a guardare il presente. La classe media scompare, con poveri sempre più poveri e ricchi sempre più ricchi. Gli USA non hanno più una superpotenza come nemico, ma hanno cercato – e sono stati trovati – da nemici con una identità religiosa e la presunzione di rappresentare un miliardo di persone. La guerra è diventata strumento d'identità dove prima c'era-

¹¹ T. BEN JELLOUN, *Nelle scelte di Trump l'odio come politica*, in «Repubblica» (3 febbraio 2017); I. BURUMA, *Il pregiudizio cosmopolita nell'era di Trump*, in «Repubblica» (6 agosto 2017); S. CASSESE, *Trump e i paradossi del voto popolare*, in «Corriere della Sera» (13 novembre 2016); G. DE CATALDO, *L'oppio dei popoli. Intervista a Jennifer Haigh*, in «Repubblica» (7 ottobre 2018); M. DEL PERO, *La deregulation trumpiana sull'ambiente*, *Treccani*, in <http://www.treccani.it/magazine/atlanter/geopolitica/> (consultato: 7 settembre 2019); I. KRESTEV, *Un europeo nell'America di Trump*, in «Repubblica» (02/12/2018); P. KRUGMAN, *Il divorzio dai fatti*, in «Repubblica» (21 ottobre 2018); G. MELETTI, *Trump, potere gelido nel mondo infuocato*, in «Il Fatto Quotid.» (18 marzo 2018); F. RAMPINI, *Mosse giuste per il suo popolo così il presidente incanta l'America che lo ha votato*, in «Repubblica» (3 febbraio 2017); A. STILLE, *L'America di Trump*, in «Repubblica» (febbraio 2017).

¹² V. ZUCCONI, *Quel muro che paralizza l'America*, in «Repubblica» (13 gennaio 2019); *Quel muro che Trump vuole al confine con il Messico - USA 2016*, *ANSA.it*, in http://www.ansa.it/usa_2016 (consultato: 26 febbraio 2020).

¹³ Cfr. P. MASTRACOLA, *Quel muro tra Buoni e Cattivi*, *Sole 24 Ore*, in <https://www.ilsole24ore.com/art/cultura> (consultato: 6 agosto 2018).

no ideali e guerra, libertà e guerra, progresso e guerra¹⁴. E in mezzo a tutto questo il diritto, anche di guerra. Fino a Guantanamo. Base militare USA in territorio cubano, dove sospetti terroristi sono stati imprigionati con ordini presidenziali e accondiscendenza politica che ha trasformato in amministrazione la gestione penale. Dell'*habeas corpus*, una delle più antiche garanzie a tutela della persona contro possibili soprusi dello Stato, si è persa traccia.

7. Costi e benefici.

Dopo il terrorismo c'è un'altra emergenza, perché c'è sempre un'emergenza per una politica globalizzata nella miseria delle idee che propone, e nell'autoritarismo che esprime, manipolando la paura. L'emergenza di turno è la migrazione che preme dal sud del continente americano. Dunque, un *Muro* s'ha da fare. Il *Muro* individua un nemico, definisce una guerra. Ma se la politica è diventata voce che segue le urla, il diritto rimane impegno ideale che difende la persona e deve tentare, anche se perdente, di dare un senso accettabile alla convivenza.

In un articolo del *New York Times*, i professori Hemel, Masur, Posner, della Chicago Law School, vaticinano un ostacolo alla costruzione del *Muro* messicano: una sentenza della Suprema corte americana che ha avuto come relatore il giudice Scalia¹⁵. In Michigan contro EPA (29/06/2015) la Corte Suprema ha, infatti, censurato una norma della *Environmental Protection Agency* in tema di emissioni di mercurio, per via dei costi eccessivi che avrebbe provocato all'industria, secondo l'idea che «nessuna regolazione è appropriata se apporta significativamente più danni che benefici»¹⁶.

Ci si concentri sul principio. Beni di altissimo valore, come la salute, possono essere oggetto di un'analisi costi-benefici. Non è così in Italia, almeno non in apparenza. Per esempio, sui luoghi di lavoro la nostra giurisprudenza richiede la *massima sicurezza tecnologicamente possibile*, anche se poi si fanno rientrare i costi e i tempi di realizzazione – così come quel che è fattibile tecnologicamente – valutando secondo 'ragionevolezza'¹⁷. Ma nemmeno negli

---

¹⁴ G.P. FLETCHER, *Romantics at war. Glory and Guilt in the age of Terrorism*, Princeton University Press, 1^a, 2002, *passim*.

¹⁵ D. HEMEL, J. MASUR, E. POSNER, *How Antonin Scalia's Ghost Could Block Donald Trump's Wall*, NYT (26 gennaio 2017).

¹⁶ https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-46_bqmc.pdf (consultato: 30 dicembre 2019).

¹⁷ Cfr. C. cost. 312/1996; Cass. pen. IV 30 maggio 2013 n. 26247; Cass. pen. IV 21 di-

USA la valutazione economica prevale senza colpo ferire, giacché dietro l'uso degli avverbi si aprono molte porte all'interpretazione da dare a quel che 'significativamente' produce più danno economico che beneficio alla salute.

Sebbene con prospettive diverse, e aderenze più o meno marcate al testo originario, un ragionamento per valori e principi avvicina il fare delle Corti costituzionali¹⁸. E i principi vanno oltre il caso concreto. Il che significa che nella sentenza del giudice Scalia, il più conservatore e brillante membro della Corte suprema, da poco scomparso e molto elogiato dallo stesso Trump, potrebbe arrivare l'ostacolo più forte al *Muro* messicano: i suoi costi. Le possibilità di contenere il fenomeno migratorio col *Muro* in questione sono molto basse; le spese previste per la sua costruzione vanno dagli 8 ai 15 miliardi di dollari, più 500 milioni all'anno necessari per la sorveglianza; mentre il PIL si abbasserebbe di 2,6 trilioni in dieci anni per minore entrate da tasse, imposte e scambi commerciali in caso di una deportazione di massa degli immigrati irregolari. In breve, costi significativi rispetto a benefici incerti.

8. Il prezzo del reato.

Avvicinare la tutela penale a valutazioni economiche non è scontato. Si può concepire un diritto che risponda a una valutazione di costi e benefici? È il tema della *Law & Economics* (L&E), *l'analisi economica del diritto*. Tema poco battuto in Italia e ancor più raro quand'è rivolto alla materia penale¹⁹. Rinviando ad altro studio, si suggerisce di considerare la L&E come

---

cembre 2006; A. BONDI, *Le disposizioni sanzionatorie del titolo I*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (Edd.), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Carinci, 2^a, 2009, p. 560.

¹⁸ Cfr. O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle corti sovranazionali*, DPC (consultato: 06/06/2017).

¹⁹ Nel contesto italiano, A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (Edd.), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Giappichelli, 2010. V. inoltre A. ALVESALO, A. LAITINEN, *Perspectives on economic crime*, University Of Turku, 1994; G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche (Tragic choices) (Giuristi stranieri di oggi)*, Giuffrè, 1986; F. COSENTINO, *Analisi economica del diritto: ritorno al futuro?* JSTOR, in «Il Foro Ital.» 113 (1990), p. 153-154; 163-164; F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, 2002; D. MARCHESI, L. FRANZONI, *Economia e politica economica del diritto*, il Mulino, 2006; L. MÉRÒ, *Calcoli morali. Teoria dei giochi, logica e fragilità umana*, Dedalo, 2000; L. PERFETTI, P. POLIDORI (Edd.), *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali (Strumenti per la didattica del dir. pubb.)*, CEDAM, 2003; F. PESCE, *Alle radici di un difficile binomio: analisi economica e diritto penale*, in «IP» 1 (2011), p. 32-68.

«un metodo per leggere il diritto, non una soluzione al diritto»²⁰. Un metodo non sempre applicabile, perché il diritto cerca corrispondenze in cui una componente razionale, dettata da valutazione in base a costi e benefici, non è sempre presente²¹. Ma le differenze non sono assolute. Le componenti irrazionali dell'agire umano sono da tempo sotto la lente dell'analisi economica e, d'altra parte, il diritto continua a cercare risposte alternative alla sanzione penale anch'esse riconducibili a valutazioni secondo costi e benefici. Il confronto tra autori e vittime di reato ha come comune denominatore la persona con i suoi diritti e doveri, individuali e sociali. E se è pur vero che la persona rimane refrattaria a una traduzione in costi, lo stesso rispetto della persona deve conciliarsi con le esigenze di utilità sociale che legittimano la funzione penale nella gestione di un conflitto provocato da una devianza criminale: un'idea non troppo lontana da quel benessere sociale che legittima la funzione economica nella gestione di risorse limitate²².

9. Politica senza economia.

Nella sua crociata contro i migranti, Trump ha rincarato la dose. Con decreto presidenziale ha revocato la copertura giuridica offerta ai c.d. *dreamers* protetti dal *Deferred Action for Childhood Arrivals* (DACA)²³. Il decreto era stato introdotto dal presidente Barack Obama il 15 giugno del 2012 a favore di chi viveva negli USA dal 2007 e, al momento del suo ingresso,

---

²⁰ A. BONDI, *La ricchezza delle sanzioni*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (Edd.), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Giappichelli, 2010, p. 103-130. Nella stessa curatela, cfr. le prospettive strettamente penalistiche di G. MARRA, *Prevenzione, efficienza e sussidiarietà penalistica*, p. 131; C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, p. 9; K. VOLK, *L'analisi economica del diritto penale*, p. 257.

²¹ Cfr. F. PESCE, *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica. Il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata*, Università degli Studi di Trento, 2019, p. 27.

²² A. BONDI, *La ricchezza delle sanzioni* cit., p. 129. Cfr. G. P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International: Volume One: Foundations*, Oxford University Press, 1^a, 2007, p. 3.

²³ L. ABREGO et al., *Making Immigrants into Criminals: Legal Processes of Criminalization in the Post-IIRIRA Era*, in «Jmhs» 5 (2017), p. 694-715; I. BURUMA, *Il pregiudizio cosmopolita nell'era di Trump*, in «Repubblica.it» (6 agosto 2017); C. GALLUZZO, C. SARCINA, *Trump bocciato sui migranti*, in «Corriere della Sera» (5 febbraio 2017); M. VALSANIA, *Armi, immigrati, sanità - così vota la Corte Suprema dell'era Trump*, in «Sole 24 Ore» (28 luglio 2019); Usa, *da 15 Stati offensiva giudiziaria contro Trump in difesa dei Dreamers*, in «Repubblica.it» (7 settembre 2017).

aveva meno di 16 anni ed era inserito nel sistema scolastico statunitense. Il provvedimento permetteva a 1,7 milioni di potenziali beneficiari di studiare e lavorare senza, però, conseguire il diritto alla cittadinanza. Contro la revoca di questo provvedimento si sono opposti 15 Stati e le più importanti aziende della Silicon Valley²⁴.

Che sia per i costi, che sia per i diritti, negli Stati Uniti si svolge uno scontro inedito tra Governo e Magistratura, tra Stato Federale e singoli Stati, tra America first e stranieri, quand'anche inseriti in università e aziende americane. Il Muro ha già diviso prima ancora di essere costruito.

II. DIRITTO, RAGIONE, SISTEMI.

Ci sono frontiere, muri, costi; c'è un'America identificata con gli Stati Uniti; un'America spaventata che ha votato Trump: ricco, fallito, telegenicamente arrabbiato come molti suoi elettori. Il cronista annota e il giurista annaspa, registrando il conflitto tra i poteri dello Stato, di una presidenza già forte che vuole diventare più forte.

1. Viaggio nel tempo.

Quando il mondo si divide, il giurista insegue un significato nel sistema di norme che maneggia con incerto successo, secondo una filosofia che cerca giustizia, una teoria che si presti alla verifica della validità dei suoi costrutti e una sociologia che ne quantifichi l'efficacia²⁵. L'economia qui accompagna il diritto; la cronaca aiuta, la storia insegna.

2. Infinita crescita.

Solo il PIL dovrebbe sempre crescere, almeno per l'economia che dimentica come, in un mondo di risorse finite, la crescita infinita è una contraddizione logica. Men che meno l'espansione continua ha senso per la

²⁴ WIKIPEDIA, voce 'USA' (consultato: 7 settembre 2017). Cfr. *Stati Uniti d'America nell'Enciclopedia Treccani*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/stati-uniti-d-america> (consultato: 2 marzo 2020); *United States | History, Map, Flag, & Population, Encyclopedia Britannica*, in <https://www.britannica.com/place/United-States> (consultato: 2 marzo 2020).

²⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia juris*, Laterza, 2007.

storia. Se ne accorse Adriano, uno dei più grandi imperatori romani; se ne accorse dopo che l'impero aveva raggiunto la sua massima espansione; e se ne accorse per ragionamento, non per viltà o mancanza di qualità.

3. Publius Aelius Hadrianus.

Fu ottimo generale ed eccezionale amministratore. Generoso verso sé stesso, preferito da Traiano – e ancor più dalla moglie di Traiano – studiò con avidità; costruì e viaggiò per ogni dove del suo vasto impero. E ne fermò l'espansione. Rinunciò all'Assiria, alla Mesopotamia, all'Armenia; rafforzò il *Limes imperii*, prima solo strada poi sempre più confine fortificato dell'Impero Romano. Consolidò conquiste, a sud a est a nord dell'Europa, dividendo infine l'attuale Inghilterra dalla Scozia: oggi costretta suo malgrado alla Brexit, allora esclusa da quell'impero che conteneva l'Europa e molto altro nei suoi confini. I 117 chilometri del *Limes britannico* vennero così difesi con l'efficienza e la sapienza ingegneristica tipica degli (antichi) romani: un vallo, ottimamente fortificato, segnò il limite settentrionale dell'impero. A nord del Vallo rimasero le tribù dei Pitti e la fantasia dei romanzieri²⁶.

4. Roma, America, Europa.

Il *Limes britannico* ricorda il presente. L'America che non ce la fa, che perde l'idea della frontiera da superare per trovare un *Muro* da difendere. Si è visto, è un'America in contraddizione con sé stessa, con il settore che più la caratterizza: col mondo interconnesso plurietnico monolingue della *Silicon*

---

²⁶ R. BALLARD, *Hadrian's Wall*, JSTOR, in «Teach. Hist.» 3.10 (1973), p. 106-108; R.G. COLLINGWOOD, *Hadrian's Wall*, JSTOR, in «History» 10.39 (1925), p. 193-202; *Hadrian's Wall | Roman wall, England, United Kingdom, Encyclopedia Britannica*, in <https://www.britannica.com/topic/Hadrians-Wall> (consultato: 2 marzo 2020); *Le province europee dell'Impero romano. La Britannia: Il Vallo di Adriano in «Il Mondo dell'Archeologia»*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/le-province-europee-dell-impero-romano-la-britannia-il-vallo-di-adriano> (consultato: 2 marzo 2020); R. PARIBENI, G. CULTRERA, L.A. CONSTANS, *Adriano*, in *Enciclopedia Treccani*, 1929; *Roma nell'Enciclopedia Treccani*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/roma> (consultato: 2 marzo 2020); *Roman Empire | Definition, History, Map, & Facts, Encyclopedia Britannica*, in <https://www.britannica.com/place/Roman-Empire> (consultato: 2 marzo 2020); in fine di queste sommarie citazioni un grande divulgatore: I. MONTANELLI, *Storia di Roma*, Rizzoli, 1969, p. 468.

*Valley*²⁷. È l'America che con Trump si affida al miglior esempio dell'*establishment* per abbattere l'*establishment*, per rispondere alla grande pancia che divide le due coste americane. Una pancia in cui c'è paura, sospetto, rabbia per la povertà di una potenza mondiale, dopo appena un secolo del suo "impero". E poi c'è l'Europa ricca di storia e di diritto; l'Europa che vive la sua pace più lunga; l'Europa che si è unita per gli affari; l'Europa che si dovrebbe unire per politica e interesse comune²⁸. E che non è meno spaventata dell'America. È l'Europa che trova improbabili emuli alle espressioni *trumpiste* della politica, con strani alleati-nemici di politiche migratorie e deficit di bilancio, il tutto mentre la Brexit dimostra in pratica l'insensatezza della divisione, in un mondo unito dai grandi numeri dell'economia e della demografia²⁹.

5. Sintassi dell'economia.

Ritorna la truffa del PIL che cresce pesando il benessere dei cittadini benestanti. Potere sempre più finanziario, sempre più forbice che divide i

²⁷ E. CAU, *Internet degeneration. Quest'uomo sa come fermarla*, in «Il Foglio Quotid.» (28 settembre 2019); E. FORZINETTI, *Intelligenza artificiale e diritto: tutti i nodi legali ancora aperti*, *Corriere della Sera*, in <http://www.corriere.it/tecnologia/cyber-cultura/> (consultato: 4 dicembre 2017); R. LUNA, *Internet ha bisogno di etica*, in «Repubblica» (31 ottobre 2019); V. MILITELLO (Ed.), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Giappichelli, 2018; M. NIOLA, *La nostra vulnerabilità digitale*, in «Repubblica» (14 maggio 2017); F. RAMPINI, *Re-te padrona: Amazon, Apple, Google & co. Il volto oscuro della rivoluzione digitale*, Feltrinelli, 2015; *La lotta geopolitica del quantum computing*, Treccani, *l'Enciclopedia italiana*, in <http://www.treccani.it/magazine/atlanter> (consultato: 27 settembre 2019); G. SANTAMBROGIO, *La «sbornia» elettronica*, in «Sole 24 Ore» (18 marzo 2018); S. SEMINARA, *Internet (diritto penale)*, in *ED Annali*, vol. VII, 2014, p. 1-77.

²⁸ G. ALPA, *Diritti umani. Un medioevo grigio che ancora alberga nel cuore dell'Europa*, in «La Stampa» (15 marzo 2019); N. BOBBIO, *Un'Europa senza dissenso è una prigioniera*, in «Repubblica» (23 settembre 2014); A. BONDI, *Tredici passi nel diritto penale europeo*, 2012; F. CALASSO, *Europa*, in «ET» (2005), p. 691-718; F. CHABOD, *Storia dell'idea d'Europa*, Laterza, 1984; F. FUKUYAMA, *Identità: la ricerca della dignità e i nuovi populismi*, UTET, 2019; G. GALASSO, *Europa. Storia*, in *La Piccola Treccani*, vol. IV, 1995, p. 442-449; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, 2016; V. ZAGREBELSKY, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, 2015.

²⁹ T. G. ASH, *L'anima divisa in due*, in «Repubblica» (25 giugno 2016); T. BLAIR, *I dubbi sulla Brexit*, in «Repubblica» (25 febbraio 2018); F. FUBINI, *Il colpo all'Europa*, in «Corriere della Sera» (25 giugno 2016); E. MAURO, *La politica che abdica*, in «Repubblica» (25 giugno 2016); I. MCEWAN, *Omaggio all'Europa (la pace sia con noi)*, in «Repubblica» (4 giugno 2017); A. POLITO, *Quattro lezioni d'inglese per i nostri sovranisti*, in «Corriere della Sera Lett.» (1 dicembre 2018); S. ROMANO, *Quell'isola che non c'era*, in «Corriere della Sera» (25 giugno 2016).

ricchi dai poveri, tagliando quel ceto medio che avrebbe dovuto assorbire la povertà contenendo le ricchezze predatorie. L'Europa condivide con l'America il paradosso di una globalizzazione che ha ridotto la povertà dei Paesi poveri, aumentando la povertà di quelli ricchi³⁰. Un effetto redistributivo difficile d'accettare per chi lo subisce, ma anche per chi ne beneficia, quando i conti sono pagati in termini di minore sicurezza sui luoghi di lavoro, minore sostenibilità ambientale, minore responsabilità sociale. Insomma, si sta meno bene e si cerca un responsabile, mentre il pensiero va all'ineffabile indeterminatezza del concetto di populismo³¹. La colpa è di qualcuno, dev'essere di qualcuno. Il nemico è esterno; non è il proprio modello di vita, ma l'insolenza di chi lavora a qualunque prezzo pur di sopravvivere: in qualunque luogo modo tempo, pur di sopravvivere³².

6. Atto di consapevolezza.

Ripreso il filo col presente, adesso si prova a spiegare quanto accennato colla storia: il Vallo di Adriano fu un atto di consapevolezza verso la paura

³⁰ A. CASSESE, *La Costituzione europea tra stati nazionali e globalizzazione*, in ET 1925-2005, II, p. 1451-1464; V. CASTRONOVO, *Temperare l'iperglobalizzazione*, in «Sole 24 Ore» (4 febbraio 2019); M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, 2000; B. LÉVY, *Saranno i poveri a pagare il trionfo del populismo globale*, in «La Stampa» (13 novembre 2016); A. ORIOLI, *Gli squilibri sono inevitabili. Falso! (intervista a Jaso Hickel)*, in «Sole 24 Ore» (18 novembre 2018); A. GINORI, *Piketty "L'ingiustizia favorisce i populist"*, in «Repubblica» (27 maggio 2019).

³¹ P. BATTISTA, *Populista è ormai un insulto non una categoria politica*, in «Corriere della Sera» (9 dicembre 2015); G. BERNARDINI, *La sottigliezza dei populismi*, in «Corriere della Sera Lett.» (22 aprile 2018); R. BIANCHETTI, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in «AP» 1, (2019), p. 27; I. DIAMANTI, *Populismo: una definizione indefinita per eccesso di definizioni*, in «Ital. Eur.» (14 ottobre 2010); G. FERRAIULO, *Rappresentanza e populismo*, in «AIC» 3 (2017), p. 1-16; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «Criminalia» (1989); P. FRANCHI, *Il deficit di conoscenza della politica lontana dai cittadini*, in «Corriere della Sera» (31 luglio 2016); M. FROMMEL, *Punitiver Populismus*, in F. HERZOG et al. (Edd.), *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, Duncker & Humblot, 2016, p. 495-505; M. GAGGI, *Populismi positivi*, in «Corriere della Sera Lett.» (23 settembre 2018); E. GALLI DELLA LOGGIA, *Populismo senza qualità*, in «corriere.it» (10 dicembre 2018); D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, in «Criminalia» (2015), p. 123-146; C. SALMON, *Populismo e post-verità*, in «Repubblica» (24 dicembre 2016).

³² A. BONDI, *Odissea penalistica. Cercando Giustizia*, Urbino University Press, 2018, p. 24 ss.

di “non farcela”. Un atto che permise all’impero di rafforzarsi, di sopravvivere, di trovare ragioni di unità diverse dalla forza dei suoi eserciti. Le ottime strade romane diventarono le dorsali dei traffici, dopo essere state le vie delle legioni. La cultura e la civiltà trovarono radici e strutture, anche quando la crisi travolse le istituzioni politiche lasciando regni e città ombra del passato. Il diritto trovò una nuova dimensione globale nonostante il dissolvimento dell’Occidente e dell’Oriente imperiale. Anche quando l’Italia da padrona divenne serva, il mondo del diritto, cresciuto tra le mura comunali, finì per dare ordine alle istituzioni civili come a quelle religiose e, da braccio secolare, divenne mente su cui nacquero gli Stati nazionali. Così si sviluppò un diritto multiforme con fondamenta nel vecchio e sviluppo nel nuovo mondo³³.

7. Ragioni del diritto.

Il diritto è risposta a una domanda di convivenza. Le radici sono nella società, il tronco è nelle sue istituzioni; ma i rami possono essere diversi. Si riprendano le vicende del Regno unito. Prima diviso poi somma di Inghilterra, Galles, Scozia, Irlanda; trovò nella lingua e nel diritto romano uno strumento di pregio, cresciuto insieme a nuovi dominatori. Le popolazioni celtiche, normanne, insulari e continentali si riunirono nella *Union Jack*: la bandiera che riprende le croci dei regni d’Inghilterra, Scozia, Irlanda. E il diritto del re contro i diritti delle baronie e delle comunità autoctone ebbe successo perché fu sì causa di guerre, ma anche elemento di unione e di reciproco interesse.

Semplificando oltre misura, si possono ricordare i passaggi dei mutamenti istituzionali regolati dal diritto. Ne vale la pena. Il re vuole affermare il suo potere. Per poterlo fare deve dimostrare forza e utilità del servizio che offre. Dunque, *sicurezza e giustizia*; agli inizi il più possibile uniforme, magari arbitraria, ma uguale per tutti secondo il ceto di appartenenza. Col mutare dei rapporti di potere, arrivano anche le garanzie della *Magna Charta libertatum* (1215-1297) che, insieme a una serie di limiti al potere del re, gettano le basi per collegare la rappresentanza politica al pagamento delle tasse, secondo il già ricordato modello che farà scuola nella guerra d’indipendenza delle colonie inglesi d’America, ma che aveva radici profonde già nella storia greca e romana³⁴.

³³ F. CALASSO, *Medio Evo del diritto vol. 1 - Le fonti*, Giuffrè, 1954; F. CALASSO, *Europa*, Giuffrè, 1954; P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Laterza, 2016 (vers. Kindle).

³⁴ W. CHURCHILL, *Storia dei popoli di lingua inglese: 1-2 (La Scala. Saggi)*, BUR Biblioteca

8. Gestione del diritto.

Il diritto è *servizio e potere* in sé. Nel Regno inglese è gestito da giudici itineranti in nome del re, con la giuria composta dai notabili del luogo. La *giuria* è la voce legata al '*luogo del delitto*', la ferita della comunità ricomposta secondo regole che diventano comuni e rimangono terze. Il diritto rinasce nelle corti di giustizia, così com'era stato per l'Impero Romano fino a Giustiniano. Il sistema, il trattato, il *Corpus iuris civilis* fu necessario ai governanti romani solo quando il diritto moltiplicò i suoi interventi nella gestione sociale. Il diritto anglosassone, di *common law*, riprende l'evoluzione romana. Cerca l'essenza del diritto, i principi che trascendono un sistema, per mezzo delle corti che, pronunciando sentenze, formano precedenti vincolanti per giudizi futuri, finché elementi di novità non spingeranno a creare nuove regole che superino quelle precedenti (*overruling*). Il mondo di *common law* così si distingue da quello di *civil law*, dove il momento della costruzione giurisprudenziale e consuetudinaria del diritto cede il passo ai prodromi delle leggi. Ma anche qui le esigenze rimangono simili, vale a dire, le garanzie del sistema giuridico rispetto a sé stesso e agli altri poteri. Si tratta della certezza della legge, dell'uguaglianza, della irretroattività come profilassi all'arbitrio; della ragionevolezza e proporzione delle risposte giurisprudenziali. Esigenze uguali al *common e civil law* perché esigenze *comuni* di una società che cerca regole per garantire la convivenza: sia essa un rapporto tra Persone, tra Persone e Stati, tra Stati e altri Stati³⁵.

Univ. Rizzoli, 1999; G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, a cura di A. BARATTA, Giuffrè, 1962; M. SARFATTI, *Magna Carta*, in *Treccani*, vol. XXIV, p. 1934.

³⁵ E. AMODIO, *Maxiprocessi e 'pentiti' nell'esperienza continentale e del sistema di common law*, in «Doc Giust» (1983), p. 93; M. BIRAL, M. Daniele, *Habeas Corpus. Manipolazioni di una garanzia*, in «DPC» (19 aprile 2018); A. BONDI, *Odissea penalistica* cit., p. 1-153; G.P. CALLIESS, M. RENNER, *Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance*, in «Ratio Juris» 22.2 (2009), p. 260-280; M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in «QG» 5 (2018); G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998; sir J. LAWS, *The rhetoric of the common law*, JSTOR, in C. KREMMIDAS, J. POWELL, L. RUBINSTEIN (Edd.), *Profession and Performance*, vol. 123, School of Advanced Study, University of London, 2013, p. 111-118; M. LUPOI, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, JSTOR, in «FI» 116.9 (1993), p. 431-432; 439-440.

9. Diverso e comune nel diritto.

Oggi si distingue il diritto pubblico da quello privato; l'internazionale dal nazionale; le pene dai risarcimenti. A dispetto di un'imponente normazione e giurisprudenza europea, si camuffano le differenze per non rendere conto delle comunanze anche perché, dopo aver attribuito per anni le colpe di ogni mancanza politica all'Europa, i cittadini hanno finito per crederci. Ma le comunanze rimangono, anche rispetto al diritto penale, gelosamente difeso dai singoli Stati nazionali per nostalgie della storia e spicciolame dei politici.

Con linguaggio continentale, si può dire che le sanzioni penali difendono diritti e beni giuridici, curano il senso di sicurezza, affondano i denti nella carne dei cittadini con privazioni di libertà e altre sofferenze. A tale potere corrispondono maggiori responsabilità istituzionali che si traducono in guarentigie offerte ai cittadini. Rispetto alle salvaguardie offerte dalla giurisprudenza, il *civil law* si affida dichiaratamente alla legge scritta per tipizzare le norme penali che definiscono condotte e sanzioni.

Ma anche nei Paesi di *common law* la norma penale cerca e trova forma scritta negli *statutes* che seguono modelli legislativi, in pratica, riprendendo in codici simili ai nostri Testi unici quel che nei Paesi di *civil law* si è formato, dall'illuminismo in poi, con rigore e maestria³⁶. I codici sono, difatti, gli strumenti legislativi che meglio offrono al sistema penale razionalità, verificabilità dei fatti e riproducibilità delle norme³⁷.

Eppure il legislatore contemporaneo è in ambascè; sembra incapace di seguire la strada maestra della discussione parlamentare; affida sempre più al Governo il compito di legiferare con decreti leggi senza l'urgenza richiesta (art. 77 Cost.) e decreti legislativi senza vera definizione legislativa di *principi e criteri direttivi* (art. 76 Cost.)³⁸.

³⁶ A. BONDI, *Odissea penalistica* cit., p. 62 ss.

³⁷ A. BONDI, *Zero*, in A. CAVALIERE et al. (Edd.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, ESI, 2017, p. 83-105.

³⁸ *Ex multis*: C. cost. n. 170/2017 (red. Carosi), ID. n. 83/2010 (red. Silvestri), ID. n. 62/2005 (red. Onida).

Un quadro completo in R. NEVOLA (Ed.), *La decretazione d'urgenza nella giurisprudenza costituzionale*, in «Serv. studi della Corte costituzionale» (settembre 2017).

10. Vuoto legislativo.

La ricerca di equilibrio è uno stato della natura che si ripropone nelle istituzioni dell'uomo. Il vuoto della legislazione viene occupato dalla giurisprudenza nazionale ed europea che trova anche encomiabili momenti di auto-limitazione. La Corte costituzionale sovente limita le sue censure alle norme, pur di non sovrapporsi al lavoro legislativo del Parlamento (*self restraint*)³⁹; la Corte europea dei diritti dell'uomo estende le garanzie legislative legate al divieto di applicare retroattivamente una norma a casi preesistenti alla norma stessa, chiedendo la conoscibilità e prevedibilità anche del precedente giudiziale che, in pratica, non deve avere un carattere innovativo esprimendo un significato che non aveva al momento della commissione di un reato⁴⁰. La Corte di giustizia dell'Unione europea pure anticipa in sentenza un obbligo di penalizzazione imponibile dal Consiglio agli Stati membri che verrà recepito, pochi anni dopo, da quel trattato di Lisbona che ha salvato la sostanza del progetto di Costituzione europea bocciato da due referendum⁴¹.

11. Pretese pericolose.

Ma occorre prestare attenzione a quanto si ottiene sistematicamente dalle corti di giustizia. Non è loro compito la gestione di un fenomeno, bensì l'applicazione di norme per la censura di fatti e la misurata promozione di diritti. Tantomeno è loro compito supplire alla legge, fare politica, dialogare con le paure sociali, abbattere muri. La scienza del diritto, in uno Stato democratico, è tale solo se garantisce diritti e libertà. Come tale si contrappone per natura e fattura a ogni tirannia, anche a quella della democrazia infiacchita da grandi coalizioni che diventano regola per mancanza di alternative; mentre su tutto aleggia una *post verità*: eufemismo inquietante per descrivere menzogne,

---

³⁹ S. CASSESE, *Dentro la corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, 2015; G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica*, G. Einaudi, 2005.

⁴⁰ CoEDU 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*. Sulla vicenda giudiziale, *ex multis*, S. BERNARDI, *I «fratelli minori» di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione*, in «DPC Fasc» 2 (2017), p. 22; A. BIGIARINI, *Il caso Contrada e l'esecuzione delle sentenze della CEDU. Il punto di vista del processualista*, in «DPP» 2 (2018); M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in «RIDPP» (2016); F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la cassazione chiude il caso contrada*, in «DPC» (26 settembre 2017).

⁴¹ Il riferimento è all'art. 83 TFUE. Sul punto, A. BONDI, *Tredici passi nel diritto penale europeo*, Ares, 2012, p. 16 ss.

bufale, falsità alimentate dalla mancanza di carisma degli uomini che rappresentano le istituzioni⁴². Con queste premesse, la democrazia può diventare una *democrazia*; sincretismo usato per rappresentare quel che succede a una democrazia quando, pur passando per una consultazione elettorale, arriva a negare i diritti inviolabili della persona per ignoranza, indifferenza, paura, rabbia, autoaffermazione: affidandosi al leader del momento, all'uomo della provvidenza; all'uomo dei *Muri* o di qualcos'altro che individui un nemico e, strada facendo, cambi istituzioni scomode.

Massarenti ha recensito la prima edizione italiana di un best seller del passato. L'autore – non il recensore – aveva qualche problema con la democrazia e, descrivendo sé stesso nella cella veramente comoda di una prigione bavarese, sosteneva che «la dote di ogni grande capopopolo si misura innanzitutto nella capacità di non disperdere l'attenzione di un popolo, ma di concentrarla sempre su un unico nemico» (A. Hitler, Mein Kampf, 1925). Ebbe successo, ma si può fare di meglio. Se non si crede alla storia, si creda al presente.

III. Diritto, Rivoluzione, Costituzione.

Si continua a scrivere di muri che dividono, di muri che proteggono, del diritto che inneggia ideali e limita il fare dei governi. Di qua e di là dei muri. Così è per il Muro messicano di Trump, che individua un nemico e cancella il mito della frontiera da superare. Così è stato per il Vallo di Adriano, che fu passo indietro di un potere consapevole della sua forza e del suo costo. Così sarà per la Germania, divisa da un Muro costruito sulle macerie della Guerra mondiale. Ne parlerò in due tappe, e con qualche preoccupazione, per il coinvolgimento che confonde il ricordo riportandomi a scrivere in prima persona: il raglio dello studioso che si prende troppo sul serio e spaccia per analisi la sua psicoanalisi.

1. È il 1989.

Una borsa *Erasmus* mi ha portato in Germania, a Monaco di Baviera. Il compito ufficiale è scrivere la tesi di laurea; quello ufficioso, imparare una lingua e scoprire la radice materna. Ho nove mesi di tempo: una gestazione

---

⁴² C. PERINI, *Fake news e post-verità. Tra diritto penale e politica criminale*, in «DPC» (20 dicembre 2017); C. SALMON, *Populismo e post-verità*; A. BONDI, *Questioni di metodo. Per una politica non abbandonata a sé stessa. O a un tweet*, in «IP» 2019, p. 17 ss.

impegnativa. Corso intensivo di tedesco al mattino, per affrontare lo studio del diritto là preso sul serio; lavoro il pomeriggio, per integrare una borsa di studio molto povera in una città molto ricca. Con l'incoscienza temperata dall'abitudine, la notte è dedicata all'applicazione delle competenze acquisite: dall'improbabile dialogo in tedesco con la prediletta, e la nonna bavarese, alla lettura di manuali giornali fumetti. Anche in Germania, la chiamano *full immersion*.

2. Cosa stava succedendo?

I motivi per dubitare dei miei progressi con la lingua tedesca erano molti. Non riuscivo a capire veramente cosa stesse succedendo. I tempi della narrazione – oggi piace dire così – erano accelerati. Il film non teneva il passo con la cronaca. Cercavo una traduzione nelle immagini dei telegiornali, dove si vedevano frotte di persone accampate di fronte alle ambasciate della *Repubblica Federale Tedesca* a Budapest e a Praga, mentre la Germania orientale era invasa da manifestazioni dei suoi cittadini, con una sola voce impegnati a scandire una frase che, per la sua semplicità grammaticale, si sarebbe potuta trovare nella prima lezione di un corso di tedesco: *Wir sind das Volk! Wir sind ein Volk* (*Noi siamo il popolo! Noi siamo un popolo!*)⁴³. A furia di sentire questa frase, il primo Muro che cade è quello delle mie nozioni. Sapevo di una Germania divisa in due per volontà degli alleati, e di una Berlino divisa in due per necessità di questa divisione. Su tutti campeggiavano i timori di Mitterrand, della Thatcher, e pure di Andreotti, quando sostenevano di amare tanto la Germania da volerne due⁴⁴. Ma con la Germania sbagliavano tutti.

3. *Nomen Omen*.

Il giurista che sbocconcella dalla storia per assillare la politica poteva forse trovare qualche indicazione in più, almeno rispetto alla politica impegnata con gli aforismi della storia. Il giurista poteva infatti leggere con altra consapevolezza quel che i costituenti tedeschi, nel 1949, decisero di scrivere nella loro *Grundgesetz* (Legge Fondamentale)⁴⁵.

⁴³ WIKIPEDIA, *Wir sind ein Volk* (consultato: 30 agosto 2017).

⁴⁴ S. ROMANO, *Germania unita. Quel no di Thatcher e Mitterrand*, in «Corriere della Sera» (11 settembre 2009).

⁴⁵ Cfr F. MODUGNO, *Costituzione I*, vol. X, EGT; C. GHISALBERTI, *Costituzione (premessa*

Già la scelta del termine è significativa. Anziché parlare di Costituzione, termine che deriva dalla medicina richiamando un corpo, una struttura, uno *status*; anziché ricordarsi della *Constitutio* che, nel diritto romano, indica la fonte superiore espressa da un atto normativo imperiale; i tedeschi preferirono definire le norme fondamentali del loro ordinamento per quel che erano: norme fondamentali, *Grundgesetz*. La *Grundgesetz* esalta l'aspetto giuridico della legittimazione e quello politico della provvisorietà di una funzione, definendo la regola su cui fondare altre regole, principio di un qualcosa in divenire. Ed è proprio un principio, nel senso di un inizio del percorso politico di uno Stato, quanto venne chiaramente espresso dalla *Grundgesetz* tedesca.

Costretti dalle potenze vincitrici della Seconda guerra mondiale alle schizofrenie della guerra fredda; costretti a diventare Stato diviso tra Oriente e Occidente con replica nella città simbolo di Berlino, i costituenti tedesco-occidentali di una Costituzione che non si sarebbe chiamata Costituzione dichiararono subito quale sarebbe stata la fine del percorso politico gestito dalla *Legge fondamentale* che andavano scrivendo: la *riunificazione* con i territori orientali diventati *Repubblica Democratica Tedesca*. Non solo lo scrissero nel *Preambolo*, ma vincolarono la possibile validità della stessa *Grundgesetz* a questo risultato e, per non far dubitare degli intendimenti, decisero che, fino alla riunificazione, la capitale non sarebbe stata la Berlino divisa in due e, nemmeno, la favorita città di Francoforte.

4. Legge fondamentale o Costituzione?

La scelta della capitale cadde su Bonn, piccola e decentrata città natia di Ludwig van Beethoven. E fu una scelta – si disse – incoraggiata da un migliaio di marchi a deputati bavaresi. Un incoraggiamento che, in Italia avremmo chiamato *voto di scambio* e che, in Germania, aveva avuto come precedente l'annessione della Baviera all'impero di Prussia facilitata dalle ricche provvigioni offerte dal cancelliere prussiano Bismark per le costruzioni dei quattro castelli del re di Baviera: Ludwig II⁴⁶. La stessa Baviera

---

storica), vol. XI, ED, 1962, p. 13; C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, *idem*, p. 139; H. MONHAUPT, D. GRIMM, M. ASCHERI, S. ROSSI (a cura di), *Costituzione. Storia di un concetto dall'antichità a oggi*, Carocci, 2008.

⁴⁶ A. BONDI, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, 2^a, Giappichelli, 2007, p. 102 ss.

che, 78 anni dopo, votò contro il testo della *Grundgesetz* perché non abbastanza federale, pur accettandone la vincolatività, una volta che 2/3 degli Stati federali tedeschi l'avessero ratificata.

Vicende bavaresi a parte, la politica lontana dai tweet non è solo gestione del presente, ma scelte d'interessi che verranno giudicati dagli elettori e dalla storia. Una politica siffatta è progetto che vive col diritto e nei limiti del diritto. Diritto che individua, limita, protegge ideali e programmi anche scegliendo la parola *Grundgesetz* per ricordare, si è scritto, la funzione e sancire la provvisorietà di quel complesso di norme cui i costituenti tedeschi stavano affidando il compito di regolare la rinascita dello Stato.

5. Riunificazione o annessione?

La costruzione e l'abbattimento del *Muro* di Berlino fu accompagnata da due bugie. La prima bugia, nefasta, fu il diniego del Presidente del consiglio di Stato della DDR, Walter Ulbricht, di voler costruire un *Muro* per dividere le due Germanie. La seconda bugia, fastida, fu pronunciata da un autorevole quanto confuso membro del Politbüro della DDR, Günter Schabowski, che in conferenza stampa dichiarò l'effetto immediato di quanto si era deciso con altra tempistica: la libera circolazione tra le due Germanie⁴⁷.

Provocando molte perplessità, politiche e giuridiche, quando la Germania fu riunita, la *Grundgesetz* non venne ridiscussa. Fu una scelta pratica, favorita dall'indubbia qualità e dalle tante, avvedute, modifiche che l'avevano attualizzata. La riunificazione non ebbe però un momento costituzionale o un referendum popolare a sancirne il risultato, ma un'elezione nazionale in cui i partiti che proponevano soluzioni diverse dall'annessione vennero sconfitti dalla CDU-CSU del cancelliere Kohl⁴⁸. La Germania occidentale poté così annetterci quella orientale incorporandone i territori ridefiniti in 6 nuovi *Länder*, secondo il meccanismo previsto dall'art. 23 della stessa *Grundgesetz*. Con questa *annessione*, che la vulgata continuerà a chiamare *riunificazione*, la *Grundgesetz* acquista una stabilità costituente sebbene, anche dopo le ultime modifiche, la sua validità rimanga vincolata al momento

---

⁴⁷ WIKIPEDIA vers. tedesca https://de.wikipedia.org/wiki/Berliner_Mauer (consultato: 30 dicembre 2019).

⁴⁸ Cfr. H. VORLÄNDER, *Warum Deutschlands Verfassung Grundgesetz heißt*, <http://www.bpb.de/geschichte/> (consultato: 1° luglio 2017).

in cui «*il popolo tedesco, con libera scelta, non promulgherà una Costituzione*» (art. 146 *Grundgesetz*)⁴⁹.

6. La Costituzione presa sul serio.

Fino a ieri si è parlato di Costituzione, anche in Italia. Forse si era più interessati alla legge elettorale, ma si è parlato di Costituzione. L'esempio tedesco, con le sue peculiarità a partire dal nome, esalta per differenza gli aspetti comuni. Come si visto, nulla è lasciato al caso, nemmeno la scelta del nome che dovrà designare il complesso di regole. La Costituzione è principio di legittimità e di validità di norme. È regola per la forma dello Stato, della legislazione, del governo, della giurisdizione. È un fatto storico oltre che giuridico. Non sempre scritta, rigida o elastica, quando deliberata da un'assemblea di rappresentanti della società, diventa un atto di consapevolezza della stessa società. La Costituzione vive il quotidiano di uno Stato e il suo essere è plasmato sulla sua funzione. Perciò è limite della legge al potere; ed è limite alla stessa legge – che pur rappresenta la sovranità popolare – se la legge lede diritti fondamentali. In breve, la Costituzione è un gesto sociale e normativo che si prende sul serio. È il biglietto da visita di uno Stato. In Italia lo si è dimenticato nell'urlo del referendum e nel silenzio di quel che è avvenuto in seguito⁵⁰.

7. La dignità dell'uomo.

Il popolo tedesco, deformato da una dittatura, si assunse senza troppi infingimenti la responsabilità politica della sua storia. Il diritto tedesco, sconfitto dall'incapacità di essere argine alla dittatura nazionalsocialista, ripensò i propri limiti: compreso il dovere di ubbidire a una norma quando manifestamente criminale. Ma il tedesco non rinunciò all'idea della sua uni-

⁴⁹ Cfr. WIKIPEDIA vers. tedesca, *Grundgesetz für die Bundesrepublik* (consultato: 18 marzo 2017); WIKIPEDIA vers. tedesca, *Artikel 23 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (1949)* (consultato: 1° luglio 2017); *Germania nell'Enciclopedia Treccani*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/germania> (consultato: 2 marzo 2020); *20th-century international relations - The reunification of Germany*, *Encyclopedia Britannica*, in <https://www.britannica.com/topic/20th-century-international-relations-2085155> (consultato: 2 marzo 2020).

⁵⁰ A. BONDI, *Questioni di metodo. Per una politica non abbandonata a sé stessa. O a un tweet.*, in «IP» (2019), p. 15-41.

tà statale, rafforzando il senso della Comunità con i diritti che danno un senso e una forma alla persona intesa come individuo e come essere sociale. Non è un caso se al primo articolo della *Grundgesetz* si lasciò il compito di proclamare l'intangibilità della *dignità dell'uomo*: quella dignità che i regimi nazisti, fascisti, bolscevichi, maoisti *et similia* avevano annichilito⁵¹.

L'incursione in Germania non è finita. Durante la sua divisione territoriale e politica avvenne qualcosa cui il diritto non rimase indifferente. Abbattuto il Muro di Berlino, i tribunali della Germania unita cominciarono a parlare e il mondo delle norme inseguì i fatti riportando indietro le lancette della storia.

IV. Diritto, tempo, legge.

«Era una beatitudine in quell'alba essere vivi, ma essere giovani era un paradiso», così scrive Wordsworth della Rivoluzione francese⁵². Avrebbe potuto scriverlo anche della caduta del Muro di Berlino, con una precisazione sul concetto di gioventù. Nella memoria collettiva, che crea una grammatica con cui si legge la storia e si valuta la politica, è forte l'immagine di picconi e mani che sbranavano un pezzo del Muro, mentre le rughe si confondevano nei visi glabri di chi, credendo nei sogni, rivendicava il presente: l'unico vero tratto della gioventù.

1. Ricorrenze.

Si riprende da dove si era lasciato. La prima tappa è partita dalla fine e si è soffermata sulla *Costituzione senza Costituzione* della Germania riunita. La seconda tappa parte dall'inizio, seguendo un numero ricorrente, quando il 13 giugno del 1990, 13 bulldozer iniziarono ufficialmente ad abbattere il Muro di Berlino laddove era nato: il 13 agosto del 1961.

2. Guerra fredda.

Dopo il blocco di Berlino ovest da parte dei sovietici; dopo l'imponente ponte aereo organizzato dagli alleati occidentali per rifornire di viveri i set-

---

⁵¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012.

⁵² E. LUCE, *Il tramonto del liberalismo occidentale*, Einaudi, 2017 estratto in «Repubblica» (11 giugno 2017).

tori di Berlino da loro controllati nel 1948; dopo la chiusura delle frontiere tra la Germania dell'ovest (BRD) e quella dell'est (DDR) nel 1952; dopo che 2,5 milioni di tedeschi dell'est erano passati nell'ovest, dal 1949 al 1961, e solo 5 mila dal 1962 al 1989; dopo che, inserito nei 1.378 chilometri di confine tra le due Germanie, quattro generazioni di *Muro* e una 'striscia della morte' per «105,5 km di fossato anticarro, 302 torri di guardia con cecchini armati, 20 bunker e una strada illuminata per il pattugliamento lunga 177 km»⁵³ avevano isolato la Berlino occidentale dal 1975: dopo tutto, tutto ricominciava nella Germania riunificata del 1990. Partendo dal numero incerto di cittadini dell'est uccisi mentre cercavano di raggiungere l'Occidente (tra i 136 e 245).

Un'ultima annotazione. Il *Muro*, costruito senza fondamenta, si sostenne sul suo stesso peso e fu realizzato grazie a materiali edili riciclati insieme a quelli previsti per la costruzione di 20.000 alloggi popolari: una metafora e una beffa insieme.

3. Alle porte della giustizia.

La scienza del diritto non dovrebbe essere confusa con la morale. Entrambe legittime, a volte coincidenti, ma pur sempre diverse. La distinzione ha dato forza alla norma in nome dell'uguaglianza e dello Stato di diritto. Così il diritto comanda e l'uomo deve ubbidire per dare un senso alla funzione sociale del diritto, ma solo finché non è manifestamente criminale il comando della norma. In fondo, si sta scrivendo di un *Muro* per scrivere di norme e di giustizia.

4. Stato di diritto.

Nessuno Stato si è affidato tanto al diritto quanto la Germania per giudicare il regime comunista: 86.000 inchieste giudiziarie con 100.000 persone coinvolte, di cui 3.000 per violazioni del confine tra le due Germanie⁵⁴. Dal 1991 al 2004, meno del 2% di queste indagini (1% su denuncia delle vittime), hanno dato corso a processi in 5 diversi tribunali. Dei 200 processi, 110 si sono conclusi con la sospensione condizionale della pena e, 40, con

---

⁵³ Cfr. WIKIPEDIA, voce '*Muro di Berlino*' vers. italiana e tedesca (consultato: 29 maggio 2017).

⁵⁴ V. SCHÖNEBURG, *Der verlorene Charme des Rechtsstaates*, Weltrends, 2002, p. 34; 97.

condanne superiori ai 3 anni di pena⁵⁵. Ma qual era il fondamento giuridico di processi che giudicavano fatti antecedenti alla Riunificazione tedesca e disciplinati da norme di uno Stato ormai scomparso?

5. Due ordinamenti in uno.

Il Trattato di unificazione delle due Germanie prevedeva che un procedimento penale dovesse riguardare fatti valutati secondo la legge vigente al momento della loro commissione⁵⁶: nulla di più che applicazione del principio di irretroattività previsto dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo* (art. 7), dal *Patto internazionale dei diritti civili e politici* (art. 15) e dalla stessa *Legge fondamentale tedesca* (art. 103/2).

Il diritto vigente al momento dei fatti in questione era, in via principale, quello della DDR. Oltrepassare la frontiera senza autorizzazione era reato secondo il § 213 DDR StGB, mentre il § 27 del GrenzG del 25 marzo 1982 – a certe condizioni – giustificava a tal fine l'uso delle armi. Com'era allora possibile che la Germania riunificata punisse poi quel che la legge della DDR allora comandava?

6. Giurisprudenza delle Corti federali.

La Corte di Cassazione federale, di fronte all'obiezione di applicare retroattivamente la norma penale della Germania riunificata, sottolineò come già la DDR si fosse impegnata con norme di diritto internazionale a rispettare i diritti dell'uomo e a garantire la possibilità di viaggiare all'estero (art. 12 Costituzione DDR)⁵⁷. La Corte costituzionale federale, fin dal 1966, aveva inoltre ammesso la possibilità di giudicare i membri del consiglio nazionale di difesa della DDR, secondo considerazioni di diritto naturale cui si poteva ricollegare, nei confronti dei subordinati, il dovere di disubbidire a una norma manifestamente criminale⁵⁸. In pratica, dando accesso anche nei

⁵⁵ WIKIPEDIA, voce *Mauerschützenprozesse* vers. tedesca (consultato: 29 maggio 2017).

⁵⁶ *Trattato tra la Repubblica Federale Tedesca e la Repubblica Democratica Tedesca per la realizzazione dell'unità della Germania (Trattato di unificazione)* 31/08/1990 Allegato I cap. III C II art. 1. b.

⁵⁷ Cfr. BGHSt 39, 1; BGHSt 41, 101; BGHSt 45, 270.

⁵⁸ BVerfGE 95, 96. Per art. 7/1 CEDU per CoEDU 22/03/2001 Streletz, Kefler, Krenz/Germania. Cfr. U. WESEL, *Das Urteil gegen Egon Krenz und andere ähneln verblüffend der Rechtsprechung durch die DDR-Justiz*, Tagesspiegel (10 novembre 1999); R.A. MILLER, *Der*

confronti del potere espresso dalla DDR alla c.d. *formula di Radbruch*, così chiamata dal nome del ministro della giustizia che cercò una base giuridica per la disubbidienza dei giudici «*nei confronti dell'inaccettabile violazione del diritto sovra-legale da parte della legislazione nazionalsocialista*»⁵⁹.

7. Scomparsa della irretroattività.

Ma le argomentazioni giuridiche possono essere lette anche in altro modo. Già con la gestione della prescrizione aveva fatto capolino nell'ordinamento tedesco la retroattività di norme contro il *favor libertatis*, preferendo la qualifica processuale di una norma all'insostenibile imbarazzo di gerarchi nazisti di ritorno in Germania grazie alla prescrizione dei reati loro contestabili⁶⁰.

E con procedere e risultati assai simili si è gestita la questione processuale del *Muro di Berlino*. Le argomentazioni processuali avrebbero camuffato, in sostanza, l'effetto retroattivo di norme per fondare la responsabilità penale nei confronti delle guardie di frontiera che avevano sparato ai fuggitivi e dei politici che avevano imposto le norme contestate.

La tutela dei diritti individuali, infatti, era: a) nella DDR subordinata alle esigenze dello Stato; b) con la ratifica della CEDU, la BRD non aveva in realtà accettato nessuna forma di limitazione al principio d'irretroattività; c) il riferimento ai «*principi generali del diritto*» dell'art. 7/2 CEDU era utilizzato per fondare una responsabilità penale, anche in assenza di una nor-

---

Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verbrechen der Staatsführung der DDR, Kritische Justiz, 34/3, 2001, p. 255; S.F. KELLERHOFF, *Der erste Mauerschutzprozess fand 1963 an*, Welt 24 (11 ottobre 2013).

⁵⁹ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht*, SJZ, 1946, p. 105; C. SAFFERLING et al. (Edd.), *Die Radbruchsche Formel*, in *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, 2017, p. 371-376; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, 2001.

⁶⁰ Prima con la legge 13 aprile 1965, escludendo dal calcolo della prescrizione il periodo dal 08 maggio 1945 al 31 dicembre 1949 per i reati puniti con l'ergastolo; poi portando la prescrizione da 20 a 30 anni e, infine, eliminando la prescrizione per assassinio e genocidio (§§ 211 e 220a cfr. §78/2 StGB); conf. BVerfG 25, 95; C. ROXIN, *Strafrecht I*, AT, 4^a, C. H. Beck, 2007, p. 168 ntt. 106-107. *Contra* G. JAKOBS, *Strafrecht*, 2^a, Walter de Gruyter, 1991, p. 67, sottolineando – a ragione – l'effetto retroattivo, indipendentemente dal suo essere o meno possibile oggetto di un calcolo da parte dell'autore del reato; calcolo in realtà possibile, almeno nel suo massimo, anche in presenza d'interruzione della prescrizione (cfr. § 78 c/2 n. 2 StGB e artt. 160/3, 161/2 Cod. pen. italiano).

ma scritta anteriore ai fatti imputati, ma era applicato ai crimini di diritto penale internazionale (*aggressione militare, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio*), fatti diversi da quelli contestati alla DDR; d) nemmeno la BRD aveva definito nella sua Legge fondamentale uno speciale diritto a emigrare, proprio per gli stessi problemi che avevano costretto la DDR a vietare espressamente questo diritto; e) in tal senso, uno studio del 1995 rivelava che negli anni '70 e '80 erano usuali, in 22 Stati, limiti a espatriare fondati su ragioni di ordine pubblico, sanità, buon costume⁶¹.

8. Azioni e reazioni.

Il diritto penale è l'ultima risorsa della politica. Altri Paesi hanno cercato vie diverse, sia per la definizione della responsabilità collettiva sia per quella individuale (ad. es. in Sud Africa e Sud America)⁶². L'impressione è che in Germania il diritto sia stato piegato a superiori esigenze di politica e di giustizia, anche in risposta all'imperituro dramma del regime nazista. Si è condannato un sistema identificato col male, in nome di principi violati con la stessa condanna. Un procedere che rischia di giustificare l'ingiustificabile: la perversione di un regime che ha ordinato di sparare contro i propri cittadini rei di cercare un futuro migliore. S'intende, il tentativo di rispondere con gli strumenti dello Stato di diritto alle violazioni dei diritti dell'uomo rimane encomiabile, se non ha alternative di pari o migliore efficacia; ma per quanto encomiabile anche questo tentativo deve pagare un prezzo: il rispetto delle garanzie che fondano il diritto stesso.

9. Responsabilità e garanzie.

La responsabilità di chi ha promosso o promulgato le norme della DDR – a partire da capi di Stato, ministri, membri del *Politbüro* – sull'espatrio senza autorizzazione e sull'uso della forza nei confronti dei fuggitivi, definisce in fondo una sorta di responsabilità concorsuale a carico dei "legislatori" con cui contestare l'immunità funzionale per il voto dato e l'auto-amni-

---

⁶¹ V. SCHÖNEBURG, *Der verlorene Charme des Rechtsstaates*, in *Welttrends* 34, 2002, p. 102.

⁶² G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, 2013; E. MACULAN, *Giustizia penale e memoria in contesti di transizione. Il caso della Colombia*, in «DPC-TR» 4 (2018), p. 240-254.

stia di fatto creata a loro favore⁶³. Altro discorso va fatto per chi ha ubbidito agli ordini. Quel che si chiede ai cittadini è un dovere alla disubbidienza quand'è manifestamente criminale l'ordine: situazione difficile da individuare, oltre che difficile d'attuare. Non a caso si è proposto di applicare, dopo valutazione del caso concreto, la norma sulla scusabilità dell'ignoranza inevitabile della norma penale, in questo caso, del dovere di disubbidienza alla norma *manifestamente ingiusta* (cfr. § 17 StGB)⁶⁴.

La Storia si ripete – e non potrebbe essere altrimenti – quando uno Stato fonda la sua esistenza su un diritto oggettivo, predefinito e determinato, in base a regole di convivenza che mettono al centro tutele e garanzie della persona. La gestione politica è giocoforza difficile; l'approvazione sociale, mutevole; l'affanno istituzionale, evidente. È la grande sfida della democrazia che non si è ancora trasformata in un luogo diviso dalla paura. Diviso da un muro.

---

⁶³ Cfr. J. WESSELS, W. BEULKE, H. SATZGER, *Strafrecht*, A.T., 46^a, 2017, p. 293; 419 s.; K. AMBOS, *Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer*, in JA, 12, 1997, p. 983.

⁶⁴ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, A.T. I, 4^a, 2007, p. 957.