

PATRICK DEVLIN E IL POPULISMO PENALE CONTEMPORANEO

Patrick Devlin and Contemporary Penal Populism*

ANDREA PORCIELLO**

Fecha de recepción: 14/7/2021

Fecha de aceptación: 30/10/2021

Anales de la Cátedra Francisco Suárez

ISSN: 0008-7750, núm. 56 (2022), 395-422

<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v56i0.21696>

ABSTRACT In 1954 the British Government, after centuries in which its criminal law had repressed a multitude of behaviors considered immoral and inappropriate in British society, primarily homosexuality, decided to initiate a public debate to evaluate its possible decriminalization. For this, a special commission was delegated, whose report was the antecedent of one of the most famous juridical-philosophical debates of the last century, the one between Patrick Devlin and Herbert Hart, which, based on the question of the decriminalization of the crime of homosexuality, was aimed at the role and function of criminal law in general and the opportunity of criminal law to impose the dominant social morality. In other words, the two jurists questioned themselves about the rationale behind criminal criminalization, wondering, among other things, whether they should serve the moral authorities of the social majority or, on the contrary, in line with what sustained by nineteenth-century liberal thought, they were autonomous from them and entirely internal to a more strictly legal dimension.

Keywords: Patric Devlin, John Stuart Mill, Penal Populism, Punitivism, Moralization of Law

1. IL DIBATTITO MILL-STEPHENS E L'EMENDAMENTO BOUCHELÈRE

Nel 1954 il Governo britannico, dopo che per secoli il suo diritto penale aveva represso molti comportamenti ritenuti immorali e sconvolgenti dalla società del Regno Unito, *in primis* quello omosessuale, decise di avviare un dibattito pubblico per valutare la loro possibile depenalizzazione. A tal fine, venne delegata un'apposita commissione il cui rapporto

* Para citar/Citation: Porciello, A. (2022). Patrick Devlin y el populismo penal contemporaneo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56, pp. 395-422.

** Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Magna Gracia de Catanzaro. Departamento de Ciencias Jurídicas, Stóricas, Económicas e Sociales. Viale Europa, Campus Salvatore Venuta, Germaneto, Catanzaro (Italia). Email: andraporciello@unicz.it

fece da sfondo ad uno dei più celebri dibattiti giusfilosofici dello scorso secolo, quello tra Patrick Devlin ed Herbert Hart, che, a partire dalla questione della depenalizzazione del reato di omosessualità, ha avuto ad oggetto in generale il ruolo e la funzione del diritto penale ed in particolare l'opportunità che il diritto penale imponga la morale sociale dominante. Detto altrimenti, i due giuristi si interrogarono sulle logiche che stanno alla base della criminalizzazione penale, chiedendosi, tra l'altro, se esse dovessero servire le istanze morali della maggioranza sociale o, se invece, in linea con quanto sostenuto dal pensiero liberale ottocentesco, fossero rispetto ad esse autonome e del tutto interne ad una dimensione più strettamente giuridica.

Gli argomenti proposti dalla Commissione Wolfenden, è così che si chiamava, hanno certamente costituito in tal senso un'ottima base argomentativa. Come lo stesso Devlin ha messo in evidenza in proposito, "il rapporto della Commissione per le offese sessuali e la prostituzione [...] è da considerarsi un eccellente studio relativo a due questioni giuridiche e sociali particolarmente complicate. Ma al contempo capace di destare l'interesse di coloro i quali sono interessati alla teoria del diritto, riuscendo a fare ciò che di rado i riformisti in ambito giuridico riescono a fare: delineare in modo chiaro e puntuale, in relazione agli argomenti trattati, ciò in cui a suo avviso dovrebbe consistere la funzione del diritto" (Devlin, 1965, p. 129)¹.

Il passaggio del rapporto che più di altri ha stimolato la reazione dei due autori è certamente quello in cui si difende in modo esplicito una particolare concezione, ed al contempo una peculiare funzione, del diritto penale: "La sua funzione —si legge nel Rapporto— consiste nel preservare l'ordine pubblico e la decenza, nel proteggere i cittadini da ciò che è offensivo o ingiurioso e nel fornire adeguata tutela contro lo sfruttamento e la corruzione, in modo particolare delle persone più vulnerabili, perché molto giovani, deboli nel corpo o nello spirito, perché inesperte o in una condizione di particolare dipendenza fisica o economica. [...] *Non è compito del diritto* —si legge testualmente nel Rapporto— *occuparsi dell'immoralità in quanto tale*" (Wolfenden Report, 1957, p. 2)².

-
1. [Trad. mia] "The Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, generally known as the Wolfenden Report, is recognized to be an excellent study of two very difficult legal and social problems. But it has also a particular claim to the respect of those interested in jurisprudence; it does what law reformers so rarely do; it sets out clearly and carefully what in relation to its subjects it considers the function of the law to be"
 2. [Trad. mia] "Its function, as we see it, is to preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive or injurious, and to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are especially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special

Per apprezzare l'importanza di questo importante traguardo che, come vedremo più avanti, sarà alla base della riforma legislativa del 1967, credo sia utile fare un passo indietro e dare uno sguardo, benché fugace, al modo in cui la società inglese aveva percepito la condizione omosessuale nel secolo precedente.

Nel Regno Unito, com'è noto, la legge di riferimento in tema di omosessualità è stata per molto tempo il *Criminal Law Amendment Act* del 1885, ed in particolare la sua undicesima sezione, il cd. *Labouchère Amendment*, in cui veniva sanzionato con una pena detentiva di ben due anni (più gli eventuali lavori forzati comminati dal giudice ove ne avesse riscontrato in modo del tutto discrezionale la necessità³) “ogni uomo colpevole di volgari indecenze [*gross indecency*] –noi diremmo oggi atti osceni– con un altro uomo, sia in pubblico che in privato”⁴. In parole semplici, ogni uomo colpevole “di essere” omosessuale e quando la sodomia, che costituiva un reato a parte, non poteva essere provata in modo adeguato.

La norma, com'è evidente, non sanzionava una specifica azione, che infatti non veniva né individuata né tantomeno circoscritta, ma l'attività, forse sarebbe meglio dire l'atteggiamento maschile omosessuale in quanto tale. Il che dava enorme discrezionalità prima alla polizia e poi anche al giudice nel ricondurre in base a criteri del tutto soggettivi la specifica azione ad una fattispecie così genericamente determinata. Ciò, in concreto, si traduceva nel fatto che in virtù di tale norma due uomini che, ad esempio, camminavano per mano nella Londra del XIX sec. o che si scambiavano un bacio in privato potevano essere senz'altro arrestati e condannati.

È importante evidenziare, tra gli altri con Fize, che la disciplina penale appena descritta non aveva in verità carattere eccezionale, anzi realizzava pienamente la morale sociale del tempo, ossia la morale puritana e ricca di contraddizioni dell'età vittoriana. A livello sociale, infatti, “nel Regno Unito vittoriano l'omosessualità maschile veniva largamente considerata come “peccaminosa”, “perversa” e “contronatura”. Per cui, forse, non sorprende il fatto che una legge che sanzionava l'omosessualità maschile fosse

physical, or economic dependence. [...] It is not the duty of the law to concern itself with immorality as such” [*Corsivo mio*].

3. Lo scrittore inglese Oscar Wilde, ad esempio, nel 1889, quindi sotto il vigore del *Labouchère Amendment*, fu condannato nel 1889 a due anni di reclusione e ai lavori forzati.
4. *Criminal Law Amendment Act*, 1885 [*Trad. mia*] “Any male person who in public or private commits or is a party to the commission of or procures or attempts to procure the commission by any male person of any act of gross indecency with another male person shall be guilty of a misdemeanour and being convicted thereof shall be liable to be imprisoned for any term not exceeding two years with or without hard labour”.

stata approvata così facilmente in Parlamento, come accadde all'Emendamento Labouchère" (Fize, 2020)⁵.

Per quanto fosse "adeguato" rispetto alla morale del tempo, l'Emendamento conteneva comunque evidenti elementi di rottura rispetto alla precedente legislazione penale d'oltremontana. Era, infatti, la prima volta che per sanzionare un atto ritenuto immorale si adottava l'espressione giuridica "*gross indecency*", ossia volgare indecenza, con tutti i problemi interpretativi del caso. Ed era anche la prima volta che un atto sessuale veniva proibito "*in public or private*", scardinando, così, un importante principio del Common Law inglese, più volte ribadito in Parlamento ed altrettante volte rimarcato nei trattati giuridici, quello della sacralità e dell'inviolabilità del domicilio privato, ciò che oggi definiremmo un'espressione del diritto alla *privacy*. Pensiamo, giusto per fare un esempio, a quanto William Pitt ebbe a dire nella *House of Commons* nel 1763, quindi più di un secolo prima dell'Emendamento Labouchère: "A casa sua, anche il più povero tra gli uomini potrà opporre resistenza a tutte le forze della corona. La sua casa potrà pur essere fragile; il suo tetto potrà traballare; il vento potrà soffiarci dentro; la tempesta e la pioggia vi potranno entrare; ma non vi potrà entrare il Re d'Inghilterra – nonostante tutta la sua forza, non oserà varcare la soglia di quella casa, anche se in rovina!" (citato in Brougham, 1839, pp. 41-42)⁶.

Pitt evidentemente si sbagliava, o comunque era stato fin troppo ottimista, perché a distanza di qualche decennio lo Stato, attraverso una sua legge, riuscì a varcare la soglia delle case inglesi, non solo di quelle più modeste, anche delle case più ricche della borghesia, tutt'altro che "fragili". Riuscì ad entrare nelle camere da letto degli inglesi per valutare, e se necessario, per reprimere le loro abitudini sessuali. E non è ovviamente un caso che all'indomani dell'emanazione dell'Emendamento sull'omosessualità, e fino alla fine dell'Ottocento, gli arresti per motivi legati all'attività omosessuale maschile e, anche se in misura minore, i relativi verdeti di colpevolezza, ebbero un'impennata senza precedenti.

5. [Trad. mia] "Homosexuality was widely considered as 'sinful', 'perverse', and 'unnatural' in Victorian England. Consequently, it is perhaps unsurprising that a bill criminalizing same-sex relations should pass easily through parliament. That is exactly what happened to the Labouchère Amendment".

6. [Trad. mia] "The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the crown. It may be frail; its roof may shake; the wind may blow through it; the storm may enter; the rain may enter; but the King of England cannot enter—all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement!".

È in questo contesto culturale, negli anni che precedettero l'emanazione della legge del 1885, che ha avuto luogo il primo importante dibattito in tema di criminalizzazione dell'immoralità, quello tra il filosofo liberale John Stuart Mill ed il giudice, avvocato e scrittore James Fitzjames Stephens. Dopo circa quindici anni dalla pubblicazione del notissimo saggio di Mill *On Liberty*, una delle pietre miliari del liberalismo classico, datato 1859, il giudice Stephens nel 1873 reagì con una vibrante replica dal titolo *Liberty, Equality and Fraternity* (Stephens, 1993).

A ben vedere la differenza tra i due autori, e quindi il loro motivo del contendere, non attiene né alla militanza politica, né al credo filosofico. Anche se spesso Stephens viene dipinto sbrigativamente come un conservatore sempre pronto a sacrificare la libertà sull'altare della moralità pubblica, in realtà, come Mill, anche Stephens, almeno sulla carta, è stato un liberale (o comunque è così che si definiva), benché credesse in una *ordered liberty*, in una libertà compressa da limiti, laddove Mill, com'è noto, poneva l'idea di libertà al centro della sua riflessione conferendole, quindi, ben altro spessore. Ed in effetti, come giustamente nota Mollica, "in tutti i principali scritti di Mill, siano essi di logica, di filosofia politica, di etica o di economia, la riflessione sul concetto di libertà occupa un posto centrale e costituisce, in ogni caso, uno degli aspetti più significativi e vitali di essi" (Mollica, 2000, p. 5). E dal punto di vista strettamente filosofico, ancora una volta come Mill, Stephens aveva abbracciato la causa utilitarista.

La principale differenza tra i due attiene innanzitutto all'antropologia che stava alla base delle loro rispettive riflessioni politiche, sociali e giuridiche. Se Mill si mostrava sul punto ottimista, ingenuo agli occhi del suo critico, credendo nella possibilità dell'autocontrollo razionale in quanto strumento capace di reprimere gli istinti e le passioni più basse degli esseri umani (perché "quali che siano i limiti, le manchevolezze, gli errori e la cattiveria di un essere umano, egli non sarà mai completamente privo di qualità che, in un regime di libertà, potranno esprimersi in modo da tornare utili alla vita di tutti") (Mollica, 2000, p. 16), al contrario Stephens, da hobbesiano convinto, proponeva una visione più pessimistica del genere umano, naturalmente incline all'egoismo e alla passionalità. Se dunque Stephens, a partire dal presupposto della disuguaglianza naturale degli esseri umani per capacità, visioni, prospettive e attitudini, credeva che i valori dell'uniformità e della conformità sociale dovessero prevalere ad ogni costo, anche sacrificando la libertà individuale, Mill, invece, in tal senso assai più moderno e vicino alla nostra sensibilità costituzionale, credeva che "la natura umana non è una macchina da costruire sulla base di un modello e da predisporre in modo che compia puntualmente il compito prescritto, ma un albero che ha bisogno di crescere e svilupparsi in ogni direzione

secondo le tendenze delle forze interiori che lo rendono un essere vivente” (Mill, 2000, p. 191).

A partire da tali contrastanti concezioni antropologiche, le tesi cui i due pensatori approdavano non poterono essere più distanti. Mill giunse alla conclusione per cui “se tutti gli uomini tranne uno fossero della stessa opinione, avessero una certa opinione —*in primis* in ambito morale— e solamente una persona fosse di opinione contraria, l’umanità non avrebbe diritto a tacitare questa persona, più di quanto ne avrebbe quest’ultima di ridurre al silenzio l’intera umanità, qualora avesse il potere di farlo” (Mill, 2000, p. 73). Che detto altrimenti significa che per Mill non è mai la quantità sociale a determinare la qualità, innanzitutto morale, di un comportamento o di un pensiero o di un argomento. L’individuo e la sua libertà, in questo senso, vengono sempre prima del gruppo e della sua moralità, elemento che diventerà caratteristico di qualunque teoria definibile come liberale. Ecco le sue parole: “l’unico fine per cui gli uomini sono autorizzati, individualmente o collettivamente, a interferire con la libertà di azione di ciascuno, è l’autoprotezione; l’unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, contro la sua volontà, è quello di prevenire un danno agli altri. Il bene dell’individuo, sia fisico che morale, non costituisce una giustificazione sufficiente dell’interferenza. Un individuo non può essere costretto o impedito a fare qualcosa per il fatto che ciò sarebbe meglio per lui, o perché ciò lo renderebbe più felice, oppure perché agire così, almeno secondo l’opinione degli altri, sarebbe saggio o perfino giusto. Queste sono buone ragioni per fargli qualche rimostranza, per ragionare con lui cercando di persuaderlo o di scongiurarlo, ma non per costringerlo o procurargli un danno quando agisce diversamente. Interventi di questo tipo si giustificano quando la condotta da cui si intende farlo desistere è ritenuta tale da nuocere a qualcun altro. Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società è quello che concerne gli altri. Per la parte che riguarda solo se stesso, l’indipendenza dell’individuo è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente, l’individuo è sovrano” (Mill, 2000, p. 55).

Dal canto suo Stephens perveniva ad una conclusione diametralmente opposta: il bene morale, lungi dal poter essere conseguito individualmente attraverso la ragione o la naturale propensione morale, deve necessariamente essere “inculcato dall’esterno” attraverso la promozione sociale della virtù e della religione. E la legge penale, in quest’ottica, finisce con l’assumere un ruolo centrale, ossia quello di imporre coattivamente al singolo tutti quei comportamenti, ritenuti ovviamente adeguati e corretti dalla maggioranza sociale, che altrimenti in autonomia il singolo non assu-

merrebbe. Un po' come tubi, canali e pompe idrauliche, è questo l'esempio cui ricorre Stephens, dirigono l'acqua nel modo più adeguato e corretto (Stephens, 1993)⁷ trasformando così un flusso disordinato e caotico in un corso d'acqua regolare e piacevole alla vista.

Credo sia proprio questa la radice di quell'atteggiamento sociale e istituzionale che oggi chiamiamo populismo penale. Sono d'accordo con Pulliam quando sottolinea che "Stephens è stato un brutale realista, nonché un energico strumentalista. Credeva che la società potesse e dovesse imporre legislativamente la morale; perché non farlo avrebbe portato all'intemperanza, alla dissolutezza, al torpore e all'anarchia. Egli era preoccupato dello sguardo invidioso della maggioranza politica con riferimento alla materia economica [...] ma al contempo credeva che per una società borghese fosse essenziale rinforzare le proprie regole culturali attraverso l'apparato statale" (Pulliam, 2018)⁸.

Com'è noto, invece, Mill assegnava al diritto in generale, ed al diritto penale in particolare, un ruolo che potremmo definire residuale. Utilizzando ancora una volta il linguaggio e le categorie contemporanee, potremmo dire che il diritto penale che Mill aveva in mente era già "minimo". Ciò in quanto lo strumento giuridico nella sua idea non aveva la funzione di inculcare coattivamente un determinato credo morale, nè quello di irrobustire e rinsaldare la coesione sociale, bensì quella di favorire la ricerca individuale della felicità intervenendo coattivamente solo al fine di reprimere azioni violente o comunque capaci di danneggiare i singoli o l'istituzione pubblica nel suo complesso.

Se applichiamo queste due concezioni contrapposte, qui peraltro soltanto abbozzate, a specifiche questioni morali di rilevanza sociale, le differenze si acuiranno ulteriormente ed il conservatorismo paternalista di Stephens, nelle premesse del suo ragionamento ancora accennato, esploderà in tutta la sua veemenza.

Consideriamo, ad esempio, una questione molto sentita nell'Ottocento inglese, quella della parità tra i sessi. Mill ha sostenuto attivamente la piena parità di diritti tra uomo e donna, non trovando ragione alcuna per mantenere un regime di diverso trattamento in favore dell'uomo. Mentre Stephens, in tal senso allineato con il senso comune della società britannica del

7. Più volte nel testo Stephens ricorre a questa metafora di ambito idraulico.

8. "Stephen was a brutal realist, and an energetic instrumentalist. He believed that society *can* and *should* legislate morality; the failure to do so would lead to intemperance, debauchery, torpor, and anarchy. Stephen was anxious about the envious gaze of political majorities when it came to matters of economics [...], but he felt that it was essential for a bourgeois society to reinforce its cultural norms through the apparatus of the state".

tempo, ha argomentato in favore del differente trattamento, non solo per ragioni fisiche, ma soprattutto al fine di tutelare il matrimonio ed i diversi ruoli sociali che al suo interno venivano svolti dal marito e dalla moglie. Ancora una volta, Mill risolve il problema ponendo la propria attenzione sulle esigenze dell'individuo, mentre Stephens ha innanzitutto a cuore il bene del gruppo sociale e delle istituzioni nelle quali esso si manifesta.

E “benché non ci sia ragione di credere che Mill abbia scritto le parole [prima riportate] avendo in mente i membri della comunità LGBT” (Strasser, 2006, p. 288)⁹, o più in generale in riferimento alla questione omosessuale, e lo stesso vale per Stephens, cionondimeno i loro argomenti appaiono del tutto pertinenti anche quando riferiti alla questione dalla quale abbiamo preso le mosse, quella omosessuale. Se guardato attraverso le categorie milliane, l'Emendamento Labouchère appare come un'esplicita negazione delle tesi sulla non interferenza e, quindi, costituisce un esercizio di potere privo di giustificazione alcuna. Per la semplice ragione che le azioni poste in essere da due adulti consenzienti nell'ambito della loro sfera privata non hanno impatto alcuno, n'è sulle altre persone né sull'istituzione sociale nel suo complesso, e per tali ragioni non possono essere legittimamente censurate. Per l'autore di *On Liberty*, insomma, e tornando ancora una volta alle parole di William Pitt, una legge di questo tipo equivarrebbe a rendere le pareti delle nostre case trasparenti allo sguardo indagatore, giudicante, e malizioso dello Stato che, a quel punto, si sentirà in diritto di piegare le nostre abitudini conformandole al modello sociale dominante. Agli occhi del giudice Stephens, invece, una legge di questo tipo apparirebbe del tutto desiderabile perché capace di realizzare pienamente tutti i suoi intenti teorici, innanzitutto l'idea di “inculcare dall'esterno” il bene morale, ossia ciò che è ritenuto tale da una determinata comunità sociale in un determinato momento storico.

2. IL DIBATTITO HART-DEVLIN E LA QUESTIONE DEL POPULISMO PENALE

Nonostante i tanti argomenti proposti da Mill nel suo saggio più famoso e ancora oggi di grandissima attualità¹⁰, a distanza di pochi anni dalla sua morte (1873) il Parlamento inglese, come già detto, emise con pochissime esitazioni il famigerato Emendamento Labouchère, che rimarrà

9. [Trad. mia] “While there is no reason to believe that Mill wrote these words with members of the LGBT community in mind”.

10. È lo stesso Mill a scrivere (ed a ragione) nella sua *Autobiografia* che *On Liberty* “sopravviverà più a lungo di qualsiasi altro mio scritto” (Mill, 1981, p. 259).

in vigore, incredibilmente e contro ogni logica, fino al 1967. E nonostante fosse ormai vecchio quasi un secolo, continuò ad essere applicato con costante e meticolosa perseveranza, in modo particolare all'indomani della Seconda Guerra Mondiale.

In quegli anni, in effetti, nel Regno Unito venne a crearsi una situazione sociale e politica non molto distante da quella vittoriana prima descritta, che favorì un ricorso attivo e costante a quella norma: furono più di mille gli uomini finiti in galera in quegli anni per ragioni legate alla loro omosessualità. Non si trattava solo dei *poorest men* cui faceva riferimento Pitt nella sua bellissima metafora, ma anche personaggi di spicco della cultura e della scienza *mainstream*. Un esempio valga per tutti: Alan Turing, uno dei più grandi matematici del XX secolo, il padre dell'informatica moderna, l'uomo che nella Seconda guerra mondiale "sconfisse Hitler" riuscendo a decrittare i codici della macchina tedesca Enigma¹¹, nonostante i suoi meriti scientifici e nonostante fosse considerato unanimemente un patriota, nel 1952 fu condannato, in applicazione dell'Emendamento Labouchère, per *gross indecency* a due anni di reclusione. Quello che accadde dopo è noto a tutti: Turing preferì la castrazione chimica al carcere, per poi suicidarsi nel 1954. E l'anno successivo furono condannati per ragioni simili altri personaggi di spicco della società inglese, come il barone Edward Montagu, Michael Pitt-Rivers e Peter Wildeblood. Se ciò accadde a loro, è inutile dire quale sorte toccò a persone omosessuali dalla posizione sociale più modesta.

È in questo contesto che il regno Unito iniziò a prendere in seria considerazione la possibilità di depenalizzare in via definitiva il reato di omosessualità. Come già detto in apertura, nel 1954 venne a tal fine nominata la Commissione Wolfenden, il cui rapporto, che con ogni evidenza fa sue molte delle idee di Mill, venne discusso nel 1957 in Parlamento. Nonostante la maggioranza si schierò in favore del rapporto Wolfenden, il giurista conservatore David Maxwell Fyfe, a nome del Governo, chiese ulteriori approfondimenti. Nel 1958 nacque la *Homosexual Law Reform Society*, proprio al fine di spingere il Governo e l'opinione pubblica a far proprie le raccomandazioni della Commissione. E nel 1967 venne finalmente emesso il *Sexual Offences Act*, una legge che, se non risolve definitivamente la questione, costituisce comunque un passaggio chiave nella

11. Nella prima metà del XX secolo cominciarono a diffondersi macchine cifranti a rotori, sul modello del cilindro di Jefferson reinventato da Beziere. La più celebre di queste macchine è la macchina *Enigma* ideata nel 1918 dal tedesco Arthur Scherbius e successivamente modificata e migliorata fino al 1925; l'esercito e la marina tedesca la adottarono per le comunicazioni segrete dal 1925 fino alla Seconda guerra mondiale.

legislazione inglese in tema di omosessualità maschile. La legge, infatti, pur mantenendo il reato di sodomia e di atti osceni tra uomini, dispone adesso una depenalizzazione parziale degli atti omosessuali, a patto, però, che questi siano consumati tra persone che siano di almeno ventuno anni¹², consenzienti ed in privato. La regola resta, quindi, il divieto e l'eccezione il permesso, condizionato dai requisiti appena elencati. È proprio negli anni appena precedenti alla svolta legislativa del 1967 che ha luogo il dibattito tra Lord Patrick Devlin ed H.L.A Hart.

Tutto ebbe inizio nel 1959, anno in cui Devlin tenne la *Meccabeen Lecture in Jurisprudence*¹³, pubblicata nel 1965 con il titolo *The Enforcement of Morals*. Nel 1963 Hart replicò alle tesi espresse da Devlin con il libro *Law, Liberty and Morality*. Il dibattito che ne è venuto fuori, come lo stesso Hart ha più volte messo in evidenza, è almeno in parte sovrapponibile a quello ottocentesco poc' anzi preso in esame. La posizione di Devlin, benché Devlin non lo abbia mai ammesso, ricorda molto da vicino quella di Stephens, anzi se vogliamo può essere considerata come una nuova strategia argomentativa per difendere quelle tesi. Ed Hart, nel suo caso del tutto consapevolmente, prende le difese di Mill e del suo principio di non interferenza.

Per comprendere a fondo la posizione di Devlin è bene prendere le mosse da un suo testo successivo, datato 1979, dedicato alla figura del giudice, intitolato appunto *The Judge* (Devlin, 1979), in cui credo si trovi quantomeno una parziale spiegazione di quel populismo morale e penale assunto da Devlin alla fine degli anni Cinquanta che tanto lo rende simile a Stephens. Ebbene, in *The Judge*, Devlin sostiene che il giudice inglese non è né un esperto, né un tecnico, né tantomeno un maestro del senso comune (Rodríguez Liborero, 2010, pp. 155 y ss.), egli è bensì l'uomo della strada, l'autista dell'autobus che incontriamo ogni mattina. Egli deve guardare e giudicare i fatti del processo come farebbe qualunque comune e ragionevole cittadino o come farebbe un buon giurato. Il suo punto di osservazione non è quello addestrato, addomesticato ed indottrinato voluto dalle varie scienze penalistiche che in quegli anni iniziavano a diffondersi, a partire da quelle criminologiche, è bensì quello "inesperto" e perciò molto più vicino al senso comune del cittadino ordinario. È per questa ragione che Devlin si mostrava del tutto contrario a qualunque tentativo istituzionale

12. L'età del consenso verrà abbassata nel 2001 ai sedici anni.

13. Si tratta di una serie di lezioni di filosofia del diritto, ad oggi ventinove, inaugurata dalla società ebraica dei Maccabei nel 1956 per commemorare il tricentenario del reinsediamento degli ebrei in Inghilterra avvenuto a metà del 1600. Devlin tenne la seconda lezione, nel 1959. L'ultima si è tenuta nel 2019.

attraverso cui trasformare il giudice in un esperto o in uno scienziato. Lui stesso, in quanto giudice, proprio in virtù di tali ragioni, rifiutò nel 1975 di frequentare un corso di formazione che il Governo inglese impose a tutti i magistrati della Corona.

Il populismo morale e penale di Stephens ha adesso una precisa e puntuale spiegazione. La magistratura per Devlin non costituisce un'élite detentrica di un sapere specifico, è bensì l'insieme di quelle persone capaci di manifestare quanto più fedelmente è possibile il punto di vista del senso comune, innanzitutto quello morale. E non è affatto un caso, come d'altronde avviene per tutti i "populismi", che anche quello di Devlin individuasse nell'idea di élite, oggi si direbbe di casta, il suo principale bersaglio critico.

Com'è facile intuire, questa concezione della figura del giudice è foriera di importanti complicazioni difficili da superare, innanzitutto relative alla tradizionale capacità del giudice di creare nuovo diritto, di fatto messa da Devlin in seria discussione. Per Devlin, infatti, l'unica attività creativa che il giudice può attuare, se creativa si può ancora definire, consiste nell'adattare il diritto al consenso sociale, ossia "creare diritto in conformità all'accordo sociale esistente" (Rodríguez Liboreiro, 2010, p. 19). Per Devlin, nella quasi totalità dei casi il giudice applica il diritto per come è scritto, utilizzando i significati resi palesi dalle parole impiegate dal legislatore. Solo quando ciò non sia possibile, o quando l'applicazione di tali significati letterari stride con la giustizia del senso comune, quindi probabilmente nel 10 % della sua attività, allora il giudice potrà modificare il diritto esistente cercando di conformarlo al consenso sociale.

La visione populista della figura del giudice appena descritta presuppone a sua volta una altrettanto populista concezione del diritto penale, concepito alla stregua di un diritto moralizzato, ossia impositivo della morale sociale dominante. Il fatto che la funzione del diritto (penale) sia quella di moralizzare e non quella, come sostenuto da Mill e poi da Hart, di impedire le azioni lesive degli individui, ha per Devlin una spiegazione molto semplice: a suo avviso tutte le lesioni ed i conseguenti danni che apparentemente riguardano in via esclusiva il singolo individuo hanno sempre ad oggetto la società nel suo complesso. Tra diritto penale e società esiste un rapporto intimo ed esclusivo: la funzione del diritto penale è quella di proteggere la società e la società, dal canto suo, attraverso la sua morale, forgia il contenuto del diritto penale, almeno per ciò che concerne i comportamenti che hanno rilevanza morale. A parere di Devlin la dimostrazione di questo assunto risiede nel fatto che, ad eccezione di alcuni reati, il diritto penale non ha mai consentito che il consenso della vittima potesse essere usato come argomento di difesa per l'accusato. Se, ad esempio, con

riferimento all'accusa di stupro, la prova del consenso della vittima può eccezionalmente scagionare l'accusato, "il consenso della vittima non può scagionare l'accusato nel caso di un omicidio. Non ci si può mai difendere dalle accuse di aggressione adducendo che la vittima credeva di doversi sottomettere e di meritare la punizione inflittale; al fine di difendersi in modo adeguato l'accusato deve dimostrare che la legge gli dava il diritto di castigare e che lui lo ha fatto nel modo più ragionevole. E per ragioni simili, alla vittima non è consentito di perdonare l'aggressore e di sospendere le accuse. Il diritto al *nolle prosequi* spetta unicamente al Pubblico Ministero". Da ciò Devlin trae una precisa conclusione, centrale nella sua strategia argomentativa: "La ragione per cui nessuno possa acconsentire al compimento di una aggressione contro la sua persona, né possa perdonarla, risiede nel fatto che si tratta di un'offesa contro la società, e non semplicemente contro la persona offesa" (Devlin, 1965, p. 134)¹⁴.

A questo punto, e a partire dal quadro teorico delineato, Devlin tenta di rispondere a tre precise domande, che di fatto costituiscono il cuore del dibattito con Hart: "1) ha la società il diritto di esprimere giudizi su questioni morali? [...] 2) Se la società ha il diritto di esprimere giudizi, ha anche il diritto di utilizzare l'arma giuridica per imporli? 3) Se così fosse, dovrebbe usare quell'arma sempre o solo in determinati casi? E se potesse usarla solo in alcuni casi, quale principio indicherebbe in quali?" (Devlin, 1965, p. 135)¹⁵.

La risposta che Devlin offre alla prima domanda è nota: la società ha certamente il diritto ad esprimere giudizi morali, per ragioni che ineriscono innanzitutto alla sua stessa struttura. Ecco le sue parole: "Ciò che rende tale una società è il fatto di condividere delle idee, non solo idee politiche, ma anche idee sul modo in cui i suoi membri dovrebbero comportarsi e condurre le loro vite. [...] Senza idee politiche, morali ed etiche condivise nessuna società può esistere. [...] Perché la società non è un'unione mate-

14. [Trad. mia] "But consent of the victim is no defence to a charge of murder. It is not a defence to any form of assault that the victim thought his punishment well deserved and submitted to it: to make a good defence the accused must prove that the law gave him the right to chastise and that he exercised it reasonably. Likewise, the victim may not forgive the aggressor and require the prosecution to desist; the right to enter a *nolle prosequi* belongs to the Attorney General alone. [...] The reason why a man may not consent to the commission of an offence against himself beforehand or forgive him afterwards is because it is an offence against society [...] not merely against the person who is injured"

15. [Trad. mia] "1) Has society the right to pass judgment at all on matters of morals? [...] 2) If society has the right to pass judgment, has it also the right to use the weapon of the law to enforce it? 3) If so, ought it to use that weapon in all cases or only in some; and if only in some, on what principles should it distinguish?"

riale, è tenuta insieme dai legami invisibili del senso comune. [...] E la morale comune costituisce una parte di quel legame” (Devlin, 1965, pp. 137-138)¹⁶. La tesi non pone particolari problemi, soprattutto se intesa nei termini di una tesi descrittiva della struttura e del funzionamento di una qualsiasi società. In questo senso si può essere d'accordo con Devlin, il gruppo sociale, piccolo o grande che sia, è tale perché condivide un comune sentire ed un modo comune di percepire determinate questioni morali. Insomma, il fatto che le società siano anche comunioni morali è innegabile. Casomai, il problema attiene al fatto che a differenza che in passato, ed oggi più che mai, l'idea che un'intera società possa condividere un set articolato di valori morali è puramente ipotetica. Come nota Giorgio Pino, sembra corretto ritenere come del tutto possibile “che in un certo contesto sociale e in un certo momento storico non si registri un'unica, monolitica, morale sociale, ma più posizioni, tra le quali si potrà distinguere una morale sociale dominante, maggioritaria, e poi altre posizioni pure presenti nel gruppo sociale di riferimento ma con un grado inferiore di diffusione e accettazione” (Pino, 2016, p. 8). Il che indebolisce, e non di poco, il primo argomento di Devlin. Perché se l'unica comunione morale cui una società può aspirare è quella di una sua parte, benché maggioritaria, lo spettro della tirannia dei più, che già affliggeva gli argomenti di Stephens, fa di nuovo prepotentemente capolino.

Ma ancora più problematica appare la risposta che Devlin offre alla seconda delle domande prima elencate: ha la società il diritto di imporre la morale dominante attraverso lo strumento giuridico? Per Devlin, se la società ha il diritto di esprimere la propria visione morale, che è una parte fondamentale della sua struttura, essa dispone anche, ed a maggior ragione, del diritto di difendere tale *status quo* morale al fine di proteggere sé stessa, nella convinzione per cui se viene meno il legame sociale, se si sciolgono quegli *invisible bonds*, il gruppo sociale verrà meno con essi, in una parola si disintegrerà. Ma se questo argomento è accettabile, per Devlin diventa accettabile anche l'argomento che da esso consegue: perché se ad essere in gioco è l'esistenza della società, e non semplicemente la sua salubrità morale, essa detiene anche il diritto di proteggere sé stessa imponendo coattivamente la morale dominante attraverso il diritto. Questa tesi, quintessenza tanto del moralismo giuridico quanto del populismo penale è

16. [Trad. mia] “What makes a society of any sort is community of ideas, not only political ideas, but also ideas about the way its members should behave and govern their lives; [...] without shared ideas on politics, morals and ethics no society can exist. For society is not something that is kept together physically, it is held by the invisible bond of common sense. [...] A common morality is part of the bondage”.

problematica sotto tanti e diversi profili, ma uno appare più problematico degli altri. A ben vedere l'oggetto della protezione e della autodifesa della società non è costituito da una concezione morale determinata, il fine ultimo è la coesione sociale in quanto tale ed a prescindere da quali valori vadano imposti per conseguire questo fine. Come nota ancora una volta Andrea Rodriguez Liborero, "Devlin afferma che una società può imporre legittimamente qualunque morale condivisa capace di tenere uniti i suoi membri. In nessun momento sostiene che il dovere dello Stato consista nel rendere la gente buona. Devlin sostiene il relativismo morale e quindi, non l'imposizione di una morale vera, ma l'imposizione di una morale sociale in quanto strumento di protezione. Per cui, quello che è importante non è la qualità della morale, ma il suo potere di coesione" (Rodríguez Liborero, 2010, p. 30). Nulla impedisce, dunque, che la morale da preservare in quanto elemento di coesione del gruppo sociale possa consistere nell'insieme dei pregiudizi morali della maggioranza sociale, se non addirittura nell'avversione, nell'odio e nel disgusto che tale maggioranza è capace di provare nei confronti di una minoranza, semplicemente colpevole di essere "diversa". Se leggiamo tali affermazioni, di per sé assai discutibili, alla luce dell'idea di Carl Schmitt, per la quale "ogni vera democrazia (...) esige in primo luogo l'omogeneità e in secondo luogo, se occorre, l'esclusione o l'annientamento dell'eterogeneo" (Schmitt, 1994, p. 14), essa acquisterà immediatamente un significato a dir poco sinistro. Considerare il "fatto" della coesione come un valore da dover tutelare ad ogni costo, anche al costo della libertà degli individui, stride in modo plateale con i principi fondamentali del nostro costituzionalismo. Credo sia sufficiente ricordare quanto Hart ha espresso lapidariamente sul punto: se fossero questi i valori che tengono unito il gruppo, quelli dell'odio e della supremazia, sarebbe di gran lunga preferibile il loro venir meno e la disintegrazione di quel gruppo sociale a qualsiasi tentativo di una loro imposizione coattiva e della conservazione di una siffatta società.

Dalle tante considerazioni proposte, emerge in modo chiaro il ruolo che Devlin, in sintonia con quanto Stephens aveva già sostenuto nel secolo precedente, attribuisce al diritto in generale ed al diritto penale in particolare. Salvo nel caso in cui l'oggetto della norma non abbia rilevanza per la morale sociale, negli altri casi, tanto le scelte legislative, e quindi innanzitutto l'opportunità o meno di criminalizzare un determinato comportamento, tanto le decisioni giudiziali devono, secondo Devlin, obbedire alla volontà della maggioranza sociale. Se così, non fosse, a parere di Devlin, si configurerebbe una forma di governo essenzialmente antidemocratica. Questa affermazione merita qualche approfondimento.

A ben vedere, siamo finalmente arrivati alla radice del problema, perché forse è proprio questo l'aspetto più problematico della proposta di Devlin, ossia il modo in cui egli concepisce in fin dei conti l'idea di democrazia. Nella sua idea, agire democraticamente significa prendere le decisioni tenendo sempre in grande considerazione il volere (morale) della maggioranza. "Ma come possono coloro i quali creano il diritto —si chiede Devlin— accertare i giudizi morali di una società? Basarsi sulle opinioni della maggioranza sarebbe troppo poco, e richiedere il consenso di ogni singolo cittadino sarebbe troppo". La risposta è perfettamente coerente con le premesse del suo discorso che noi, lo si ricorderà, avevamo reperito nell'opera dedicata al giudice: "Il diritto inglese si è evoluto utilizzando un tipo di criterio che non dipende dalla conta delle teste. È il criterio (di giudizio) dell'uomo ragionevole". Per cui, giudici e legislatori agirebbero democraticamente e nell'interesse del gruppo sociale quando prendono le loro decisioni come le prenderebbe qualunque uomo ragionevole. Il problema emerge quando Devlin prova a spiegare cosa debba intendersi per "ragionevolezza" e per "uomo ragionevole". Ebbene, l'uomo ragionevole "non va confuso con l'uomo razionale. Perché non gli si richiede che ragioni ed il suo giudizio può essere considerato perlopiù una questione di sentimenti". In proposito, i populistici di oggi, ai quali dedicheremo qualche riflessione conclusiva, usano in fondo un'espressione simile per circoscrivere il medesimo concetto, parlano di "pancia del popolo", proprio al fine d'indicare quell'approccio ai problemi puro ed incontaminato della parte "sana del gruppo sociale", quella parte composta secondo Devlin, da uomini ragionevoli. "Si tratta del punto di vista —continua Devlin— dell'uomo della strada o, per usare un arcaismo noto a tutti gli uomini di legge, dell'autista del bus per Clapham. Potremmo anche definirlo come un uomo dabbene" (Devlin, 1965, pp. 141-142)¹⁷.

L'immagine cui allude Devlin, com'è evidente, è molto simile a quella nostrana del "buon padre di famiglia" utilizzata nel nostro Codice civile, ed impiegata sempre meno in ambito giuridico (in Francia, ad esempio, nel 2014 hanno deciso di eliminarla perché obsoleta e sessista) e sempre di più

17. [Trad. mia] "How is the law-maker to ascertain the moral judgements of society? It is surely not enough that they should be reached by the opinion of the majority; it would be too much to require the individual assent of every citizen. English law has evolved and regularly uses a standard which does not depend on the counting of the heads. It is that of the reasonable man. He is not to be confused with the rational man. He is not expected to reason about anything and his judgement may be largely a matter of feeling. It is the viewpoint of the man in the street-or to use an archaism familiar to all lawyers-the man in the Clapham omnibus. He might also be called the right-minded man".

in ambito politico dai populistici di oggi¹⁸. Eppure, per lungo tempo, ed in parte ancora oggi, la clausola ha costituito per i nostri giudici uno standard attraverso cui valutare la condotta delle parti, perché agire secondo la normale diligenza del buon padre di famiglia significava agire come agirebbe un normale uomo assennato, assennato perché uomo, perché marito e perché padre. Come se il fatto di possedere tali status fosse realmente garanzia di una qualche correttezza nei comportamenti. Devlin, in ambito penale, utilizza in fondo la stessa idea e, dunque, la stessa retorica e le medesime generalizzazioni. A suo avviso, un Parlamento o una Corte decidono correttamente, e democraticamente, quando pervengono alla medesima scelta cui perverrebbe il buon padre di famiglia, l'uomo dabbene, l'autista del pullman sotto casa o l'uomo della giuria "perché il giudizio morale della società si approssima a ciò su cui qualunque giuria delibererebbe all'unanimità" (Devlin, 1965, p. 142)¹⁹.

Ecco, dunque, l'argomento di Devlin: le scelte politiche e giuridiche dei Parlamenti, anche e soprattutto in ambito penale, e le relative decisioni giudiziali devono sempre essere armoniche rispetto al comune sentire sociale ed in modo particolare alla sua componente più importante, la morale condivisa dalla maggioranza. Solo le scelte e le decisioni così operate potranno essere considerate realmente democratiche. E scegliere secondo la morale positiva significa decidere come deciderebbe l'uomo comune, il buon padre di famiglia.

Mi limito a sottolineare due problemi ma, come credo sia evidente, l'elenco potrebbe essere assai più lungo.

Innanzitutto, è bene sottolineare che l'idea di democrazia che fa da sfondo alle teorie di Devlin sul ruolo del diritto penale è chiaramente

-
18. Mi limito a quattro esempi soltanto. L'Onorevole Matteo Salvini ha commentato così la procedura d'infrazione proposta dalla Commissione europea per il debito del triennio 2018-2020: "Se mio figlio ha fame e mi chiede di dargli da mangiare secondo voi io rispetto le regole di Bruxelles o gli do da mangiare? Secondo me viene prima mio figlio, i miei figli sono 60 milioni di italiani". E sul Memoriale dell'Olocausto di Gerusalemme si era espresso in questi termini: "Da papà, da uomo, solo dopo da ministro, il mio impegno, il mio cuore, la mia vita xché (sic) questo non accada mai più". L'ex Ministro Toninelli, a proposito dell'ignobile respingimento delle ONG, ha dichiarato che "Da ministro e da padre di famiglia posso dire che sono immagini terribili ma appunto ci devono convincere ad andare avanti. Da padre ve lo garantisco: salveremo le vite umane". Matteo Renzi, durante la discussione sulla fiducia al Governo Conte, si è rivolto a Salvini: "da padre a padre". Ed infine l'ex Premier Giuseppe Conte ha dichiarato: "Come in ogni famiglia il *pater familias* ha il dovere di tenere i conti in ordine e io mi sento molto *pater familias*".
19. [Trad. mia] "For my purpose I should like to call him the man in the jury box, for the moral judgement of society must be something about which any twelve men or women drawn at random might after discussion be expected to be unanimous".

un'idea che potremmo definire pre-costituzionale e che difficilmente, e nonostante i tentativi dei vari populismi politici e giuridici contemporanei, potrebbe trovare spazio nell'odierna dimensione giuridica. Con l'avvento delle Costituzioni postbelliche la prima cosa che è venuta meno è proprio l'idea di poter attribuire un'identità definitiva al modello tipo di cittadino, in grado di racchiudere in sé determinate virtù morali che possono fungere da criteri di giudizio al momento di prendere determinate decisioni pubbliche, politiche o giurisdizionali che siano. Il cittadino costituzionale, a differenza di quello pre-costituzionale, è semplicemente una persona che fa dei principi costituzionali la propria etica pubblica, il fatto, poi, che sia uomo o donna, cristiano o musulmano, eterosessuale o omosessuale, è agli occhi della Costituzione del tutto secondario, se non indifferente. La sua caratteristica saliente consiste nel fatto di poter scegliere "chi essere" o "chi poter diventare", scelta che è resa possibile proprio dalla presenza di quei principi che il cittadino ha assunto come i pilastri dell'etica pubblica costituzionale. L'opposta tendenza a piegare le decisioni pubbliche al fine di renderle armoniche rispetto alla "presunta" ragionevolezza del buon padre di famiglia o del giurato, e dati per scontati tutti i problemi di generalizzazione del caso, non appartiene al paradigma costituzionale, con buona pace di chi ancora oggi utilizza nelle sedi più disparate la retorica posta alla base di quella desueta tendenza.

Il secondo rilievo critico attiene alla questione della tirannia della maggioranza. Più volte nelle pagine di *The Enforcement of Morals* Devlin, ben cosciente del problema, tende a smussare alcune delle sue tesi proprio al fine di scongiurare questa deriva, potremmo dire "quasi schmittiana". Ad esempio, ad un certo punto Devlin scrive che "il diritto non dovrebbe punire niente che non vada oltre i limiti della tolleranza. Dire che ad una maggioranza non piace una determinata pratica non è sufficiente". Certamente questo impedirebbe la deriva maggioritaria che qui stiamo paventando. Ma a ben vedere l'apertura di Devlin è solo apparente, perché poco più avanti riaffiora con prepotenza la consueta vena populista: "Coloro i quali sono insoddisfatti dell'attuale legge sull'omosessualità spesso affermano che chi si oppone alla riforma è mosso semplicemente dal disgusto. Se così fosse —continua Devlin— sarebbe sbagliato, ma —ed è questo il passaggio che più ci interessa— *non credo si possa ignorare il disgusto quando questo è ben radicato e genuino. La sua presenza è un chiaro indice del fatto che sono stati raggiunti i limiti della tolleranza. Non può essere tollerato tutto.* Nessuna società può fare a meno dell'intolleranza, dell'indignazione e del disgusto; sono queste le forze che si nascondono dietro al diritto moralizzato" (Devlin, 1965, pp. 143-144)²⁰.

20. [Trad. mia] "Nothing should be punished by the law that does not lie beyond the limits of tolerance. It is not nearly enough to say that a majority dislike a practice; there must be a real feeling of reprobation. Those who are dissatisfied with the present law on homosexu-

Quasi alla fine del suo libro Devlin getta via la maschera ed esplicita in modo chiaro e definitivo la sua posizione. Il diritto penale, ossia quella parte del diritto in cui si criminalizzano determinate condotte, può avere qualunque contenuto, perché di fatto non esistono reali limiti alla criminalizzazione. Tutto può divenire crimine, anche l'innocente relazione amorosa tra due uomini, del tutto pacifici e consenzienti. L'unico limite che il diritto incontra è costituito dall'umore sociale, ossia da ciò in cui, in un determinato momento storico, la maggioranza delle persone crede (innanzitutto dal punto di vista morale), o forse sarebbe il caso di dire ciò in cui quella maggioranza "crede di credere". Se le nostre società fossero popolate da angeli, la fiducia che Devlin ripone nel prossimo, nell'uomo medio, non desterebbe preoccupazione alcuna. Il problema è che il buon padre di famiglia, così come l'autista dell'autobus o lo stesso giurato possono manifestare il loro disgusto e la loro intolleranza per qualunque comportamento, per qualunque minoranza, senza limiti appunto.

Non dimentichiamo che negli anni in cui Devlin esprimeva le sue idee, Enoch Powell, uno dei personaggi di spicco della politica britannica (con un enorme seguito proprio nella working class inglese) pronunciò nel 1969 il famigerato *Rivers of Blood Speech*, nel quale si schierò apertamente contro l'immigrazione utilizzando fondamentalmente la stessa retorica e le stesse generalizzazioni care al nostro Devlin. Così iniziava il suo discorso: "Ecco un onesto e ordinario cittadino inglese che, in pieno giorno e nella città in cui vivo, si rivolge a me, il suo rappresentante in Parlamento, dicendomi che questo paese non è degno dei nostri figli" (Powell, 1969)²¹. Come ci ricorda C. Howard Wheeldon, presente al discorso di Powell, quasi nessuno nel pubblico ebbe da ridire sulle affermazioni razziste di Powell, erano tutti d'accordo con lui. L'uomo medio, il protagonista dei libri di Devlin, il parametro cui commisurare le scelte legislative e giurisdizionali, era lo stesso che in quegli anni parlava di purezza della razza britannica e di chiusura dei porti, tanto per citare ancora una volta i populismi nostrani, sotto il podio del più estremo tra i conservatori che il Regno Unito abbia mai avuto. Ma, come giustamente fa notare Rodriguez Liboreiro, "se il crite-

ality often say that the opponents of reform are swayed simply by disgust. If that were so it would be wrong, but I do not think one can ignore disgust if it is deeply felt and not manufactured. Its presence is a good indication that the bounds of toleration are being reached. Not everything is to be tolerated. No society can do without intolerance, indignation, and disgust; they are the forces behind the moral law" [*Corsivo mio*].

21. "Here is a decent, ordinary fellow Englishman, who in broad daylight in my own town says to me, his Member of Parliament, that the country will not be worth living in for his children". [*Trad. mia*].

rio per sapere se un governo è o non è democratico consiste nel capire fino a che punto attua ciò che la maggioranza detta, allora anche le dittature che godono di un grande appoggio popolare ma senza libere elezioni potranno essere considerate democratiche” (Rodríguez Liboreiro, 2010, p. 32)²². È questo, in conclusione, il paradosso cui ci conduce l’approccio moralistico e populista di Patrick Devlin.

Per concludere, mi sembra evidente che alla “fiducia” che Devlin accorda al buon padre di famiglia, e attraverso lui alla presunta maggioranza sociale dei “buoni”, è di gran lunga preferibile la “sfiducia” su cui poggia qualsiasi testo costituzionale: cos’è, infatti, una Costituzione se non proprio questo, un atto di sfiducia, molto spesso ben riposta peraltro, nei confronti di ciò che le maggioranze sceglieranno di essere in futuro, nei confronti della loro capacità di giudizio morale e di ciò su cui le persone sceglieranno di esercitare la loro intolleranza. Perché, che piaccia alla maggioranza o meno, alla democrazia plebiscitaria di autori come Schmitt e alla democrazia del buon padre di famiglia di Devlin, i costituenti hanno preferito (fortunatamente) la democrazia dei principi in quanto limite all’intolleranza, all’indignazione e al disgusto delle maggioranze.

3. IL POPULISMO PENALE DI OGGI

Per concludere questa riflessione sul rapporto tra il diritto penale e la morale sociale, vorrei adesso tentare di capire se il più volte evocato “populismo penale odierno”, soprattutto quello di casa nostra, sia riconducibile al modello finora delineato o se, come credo, presenti invece, rispetto a quello, degli elementi di novità.

Iniziamo col dire che, quantomeno con riferimento all’Italia di oggi, esistono due tipi di populismo “del” e “nel” diritto penale. Il primo, riconducibile probabilmente all’esperienza di “Mani pulite”²³, consiste nell’utilizzo strumentale del diritto penale al fine di soddisfare la percezione sociale di ciò che il diritto penale dovrebbe essere, in primo luogo al fine di creare e rafforzare il consenso. È il caso che si verifica quando la morale sociale esige interventi drastici, diretti: il cittadino medio di Devlin vuole la gogna prima mediatica e poi anche giudiziaria ed il diritto penale, senza particolari tentennamenti, soddisfa pienamente tali esigenze, anche se ciò

22. [Trad. mia] “Si el criterio para saber si un gobierno es o no es democrático es hasta qué punto hace lo que dicta la mayoría, entonces aquellas dictaduras con un apoyo popular masivo pero sin elecciones libres serían democráticas”.

23. Sul legame tra il populismo penale e la cultura di massa di “Mani pulite” cfr. Donini (2020).

comporta il fatto di dover mettere da parte alcuni suoi tratti caratteristici, innanzitutto quelli legati alla sua vena garantista. Come nota Ferrajoli, “le garanzie non fanno parte della cultura di massa e neppure del senso comune. Gli imputati, secondo l’opinione corrente, non si presumono innocenti, ma colpevoli. Il garantismo non fa parte del senso comune, che ha bisogno, purtroppo, di avventarsi immediatamente su capri espiatori. In breve, esso non è popolare e questo basta al populismo per rifiutarlo come un lusso da anime belle” (Ferrajoli, 2019). Che detto altrimenti significa che se oggi il diritto penale italiano è massimo, muscolare, onnipotente²⁴, come molti autori hanno più volte denunciato, la ragione è fondamentalemente essa stessa “populista”, si tratterebbe cioè di un diritto penale che ha fatto propri i sentimenti, gli umori e le percezioni del senso comune, che ha assecondato il disgusto sociale e la voglia di vendetta rinnegando in parte sé stesso e la propria natura garantista. Ovviamente in casi come questo è difficile distinguere in modo netto le cause dagli effetti, perché se è vero che il diritto è tale, almeno in parte, a causa dei desideri sociali, è vero contemporaneamente anche il contrario, cioè che i desideri sociali sono tali perché in parte generati e indotti dallo strumento giuridico. Credo, però, che il meccanismo populista abbia origine nel senso comune e che poi attraverso il diritto ritorni indietro rafforzato. La richiesta di un diritto penale massimo proviene indubbiamente dalla società, viene poi assecondata dagli operatori del sistema repressivo e ciò, ma soltanto alla fine, tende, dunque, a rafforzare degli elementi che nella comunità sociale erano già presenti.

Esiste poi il populismo penale che potremmo definire “securitario”, ossia la strategia tesa ad ottenere il consenso facendo leva su un sentimento diverso dalla rabbia e dalla sete di vendetta, il sentimento della paura sociale, ossia la richiesta sempre crescente di sicurezza pubblica, costi quel che costi. Nonostante l’Italia sia uno dei Paesi più sicuri al mondo, la percezione sociale dell’insicurezza ha ormai raggiunto il massimo storico, il che ha favorito una sempre maggiore espansione della funzione del diritto penale e, dunque, un corrispettivo indebolimento delle sue tradizionali garanzie. Ma com’è possibile che all’aumentare della sicurezza reale corrisponda una sempre crescente insicurezza percepita? Ferrajoli sul punto è perentorio, ed è francamente difficile dargli torto: “La percezione dell’insicurezza è [...] interamente una costruzione sociale, prodotta da quelle fabbriche della paura nelle quali si sono trasformati i media e in particolare la televisione. Se infatti tutti gli omicidi e tutti gli stupri vengono raccontati

24. Sui concetti di diritto penale minimo e massimo *cf.* in particolare Baratta (1986), Ferrajoli (2000).

in televisione, se su di essi si svolgono dibattiti e inchieste giornalistiche, se poi i relativi processi vengono seguiti in tutte le loro fasi, si crea la sensazione che viviamo nella giungla. È precisamente questa paura e la conseguente richiesta di punizione che il populismo politico intende interpretare e prima ancora alimentare quale facile fonte di consenso” (Ferrajoli, 2019).

Benché entrambe le forme di populismo penale abbiano lo stesso obiettivo, ossia quello di generare e, se è possibile, di incrementare il consenso sociale, esse si differenziano, però, per lo strumento utilizzato per realizzare quel fine.

La prima forma di populismo, in tal senso più vicina al populismo tradizionale di Stephens e di Devlin, asseconda la rabbia e la cattiveria sociale, incorporando nell’ambito giuridico elementi irrazionali che sono chiaramente pregiudiziali, se non addirittura antigiusdiziali, creando così un *continuum* tra gli strumenti sanzionatori del diritto e le richieste di repressione della società. Il diritto penale, insomma, in questo modo diviene, ed è così che vuole apparire, un’arma a disposizione del gruppo sociale, perché sublima il sempre vivo desiderio di vendetta della comunità canalizzando la sua rabbia e, così facendo, aumentando il suo consenso. Legislatori e rappresentanti governativi in molti casi vogliono che la maggioranza sociale veda il diritto penale, ed in modo particolare il suo lato più oscuro e repressivo, come un alleato, come qualcosa che in fondo le appartiene. Siamo molto vicini a Stephens, a Devlin ma in fondo anche alla sociologia del diritto penale di Durkheim, e soprattutto all’idea per cui in fondo il diritto penale altro non è che la parte visibile, se vogliamo la istituzionalizzazione, della coscienza morale collettiva: “La vita sociale [...] tende inevitabilmente ad assumere una forma definita e ad organizzarsi: *il diritto non è altro che questa medesima organizzazione in ciò che ha di più stabile e di più preciso*. La vita generale della società non può estendersi in nessun campo senza che la vita giuridica la segua nel medesimo tempo e negli stessi rapporti. Possiamo dunque essere certi di trovare —riproposte nel diritto— tutte le varietà essenziali della solidarietà sociale” (Durkheim, 1962, p. 86). E simile consonanza tra il populismo penale attuale e queste vecchie teorie è riscontrabile in relazione alla funzione della pena, concepita da Durkheim come “reazione passionale”, “vendetta”, “espiazione” (Durkheim, 1962 pp. 106-109) messe in atto dalla coscienza collettiva attraverso il diritto. Con la conseguenza che, come sottolinea Cascavilla, “il soggetto che reagisce come parte offesa alla forza distruttiva del delitto chiedendone l’espiazione —a ben vedere— è la coscienza collettiva, che rappresenta una entità che si forma in modo meccanico per giustapposizione di elementi omogenei e uniformi e che finisce per acquisire quasi una sorta di esistenza autonoma e disgiunta dalle parti che la costituiscono” (Cascavilla, 2018).

Vale la pena notare in proposito che nonostante già ai tempi di Durkheim “il sentimento di vendetta è meglio guidato oggi di un tempo” (Durkheim, 1962, p. 110), resta il fatto che a parere del sociologo “l’anima della penalità” (*ibidem*) è rimasta invariata, nonostante l’apparente processo di civilizzazione. Al mutare delle sue forme non è corrisposto a suo parere anche un mutamento del suo significato. In questo senso, la natura della pena andrebbe ricercata “nella reazione emotiva che esplode quando si verifica una violazione dei sentimenti morali universali” (Garland, 1999, p. 70). È come se l’offesa arrecata unisse in un unico flusso i sentimenti di vendetta dei singoli soggetti, chiudendo in tal modo “il circolo virtuoso aperto dalla commissione del reato” (Garland, 1999, p. 71). La funzione del diritto penale, quindi, visto il legame così intimo che viene ad instaurarsi con la morale sociale, non può che essere, anche per Durkheim, quella di “mantenere intatta la coesione sociale”.

Mi sembra che la prima forma di populismo individuata, il populismo che asseconda la voglia di punizione senza garanzie, tipico dei nostri giorni, si ponga in rapporto di netta continuità con tali posizioni teoriche.

La seconda forma di populismo, quella che abbiamo definito securitaria, fa leva, invece, sul sentimento della paura. Il meccanismo è vecchio quanto il concetto stesso di potere e si basa su un principio molto semplice: più i soggetti sottoposti ai dispositivi di potere provano paura e più tenderanno a sottomettersi spontaneamente a dispositivi sempre più invasivi. E siccome la prima causa di paura sociale consiste nel sentimento dell’insicurezza, da ciò deriva che incidere sulla percezione sociale della sicurezza significa incidere sulla stessa capacità di dominio. Perché più le persone sono insicure, più sono disinformate, e più è facile ottenere il loro consenso. Senza andare troppo indietro, un importante laboratorio in cui si è sperimentato in modo consistente tale meccanismo di dominio è sicuramente rinvenibile nell’esperienza statunitense post 11 settembre quando, sulla scia di terrore conseguente all’attacco terroristico più grave di sempre, il Governo Bush ha intrapreso una politica securitaria di stampo prettamente populistico. Una volta che gli americani furono resi ancora più insicuri di quanto già non lo fossero dopo l’attentato alle *Twin Towers*, è stato relativamente facile da parte del Governo far accettare loro l’idea di un diritto penale “illimitato”, in cui diventava improvvisamente normale sospendere l’*habeas corpus* e reintrodurre la tortura. Perché fare ciò univa il popolo contro i nemici islamici, rinsaldava i valori della solidarietà e, soprattutto, avvicinava le élite politiche ai cittadini e ai loro sentimenti di rabbia mista a paura.

Ciò detto, e di là dalle differenze evidenziate, resta il fatto che il populismo penale, a prescindere che cavalchi la rabbia o mitighi la paura, ha

comunque un unico e solo obiettivo, realizzare consenso, e quindi unire, omologare, collocare i diversi ai margini. Il tutto facendo sentire la gente sempre dalla parte giusta, unita dal fatto di essere depositaria di una qualche verità morale autoevidente. Per cui, il fatto che un ministro preghi durante un comizio pubblico, esibisca un rosario in tutte le sue uscite, si vesta come farebbe il cittadino medio di Devlin in gita la domenica, tutto ciò improvvisamente acquista, quando letto nella giusta ottica e in rapporto di continuità con la storia del populismo del passato, un significato strategico assai più preciso di quanto si possa credere. Si tratta di una precisa strategia del consenso, si tratta di populismo politico. E quando le stesse logiche vengono adottate in ambito giuridico, criminalizzando comportamenti solo perché ciò soddisfa determinati sentimenti sociali, o bypassando le garanzie del diritto penale costituzionalizzato perché considerate dalla maggioranza della comunità sociale “un lusso da anime belle”, il populismo politico diviene populismo penale, un populismo assai più pericoloso e penetrante.

Tutto ciò premesso, e nel tentativo di rispondere alla domanda da cui abbiamo preso le mosse, relativa cioè al rapporto tra l'attuale populismo e quello tradizionale, la mia idea è che tra i due esista un rapporto di evidente continuità. Mi sembra che del tutto sovrapponibili siano i loro contenuti, gli argomenti, le finalità. L'unica vera differenza, peraltro assai rilevante e foriera di importanti conseguenze, attiene ai differenti contesti nei quali questi populismi hanno operato e operano tuttora. Il nuovo populismo penale, che in questo senso è unico nel suo genere, si svolge all'interno di un sistema giuridico che è per definizione anti-populistico, perché alle democrazie plebiscitarie, alla democrazia della conta delle teste, ha preferito la democrazia dei limiti e dei principi costituzionali. In un contesto costituzionalizzato, il diritto penale, se vuole essere legittimo, non può che essere fisiologicamente garantista, il fatto che incontri o meno i sentimenti di giustizia del gruppo sociale è, in questo contesto, del tutto irrilevante. E tale carattere non appare contrattabile, né tanto meno rivedibile. Nessuna maggioranza può rimettere in discussione la funzione del diritto penale ed i limiti posti al suo esercizio, perché se lo facesse metterebbe, e di fatto mette, in serio pericolo la sua stessa legittimità, nonché la tenuta del sistema giuridico nel suo complesso. Ed in effetti, il fatto che le leggi penali non siano retroattive, che non possano essere interpretate in modo analogico, il principio di tassatività, il principio del *favor rei*, della presunzione di innocenza, ed ancora tutte le garanzie previste per il giusto processo, solo per citare le esigenze ed i principi più noti, come nota Donini, nel loro insieme costituiscono il limite “al diritto penale come arma, spada, male. [...] Sono ciò che lo *rendono diritto legittimo* e non il *ius* di una violenza di Stato tradotta in *leges*. Di un diritto non legittimo in quanto tale sono pieni i

trattati penalistici: sono le categorie e gli istituti che dall'età preilluministica formano i mattoni del nostro universo precostituzionale. Una "pre-scienza" rispetto al garantismo, che molti hanno confuso con la scienza descrittiva in sé: dogmatica, sistematica *old fashioned*" (Donini, 2019).

Da ciò è possibile ricavare che il populismo dei nostri giorni, nel suo tentativo di rendere il diritto penale sempre meno garantista e sempre più violento, incarna un atteggiamento che è senza dubbio alcuno precostituzionale, oltre ovviamente che essere in molte sue manifestazioni anche anticostituzionale. La ragione è molto semplice, lo abbiamo già detto pocanzi a proposito di Devlin e della sua idea di democrazia: alla fiducia incondizionata che i populismi giuridici attribuiscono alla capacità di discernimento morale della maggioranza sociale, l'Europa, o buona parte di essa, ha preferito la sfiducia che le Costituzioni manifestano nei confronti di quelle stesse maggioranze, che sono legittime non solo in quanto "maggioranza", ma perché la loro volontà si dispiega in modo armonico rispetto all'ideologia costituzionale, all'etica pubblica di cui il sistema costituzionale è impregnato. Si fa riferimento, in particolare "al paradosso di un'etica che per definizione è, sì, pubblica (di tutti), ma insieme nello stesso tempo, sempre e inevitabilmente, molto caratterizzata in senso assiologico (di parte). Trattandosi appunto di una metaetica, per sua natura essa mal digerisce sia la presunzione dell'oggettivismo che l'illusione dell'ipersoggettivismo, per collocarsi invece sul ragionevole piano dell'intersoggettività. Ciononostante, essa non è meramente limitata al rispetto delle regole tecniche di procedura (democrazia), ma si caratterizza fortemente sul piano politico. Ciò significa che "il re è nudo": insomma le Costituzioni sono "di tutti" (etica pubblica generale), ma non sono "vuote" (politicamente neutre)" (Spadaro, 2010). E questa etica pubblica costituzionale trova il suo principio ispiratore nell'idea di limite, in questo senso prioritario o comunque necessariamente co-originario rispetto a quello di diritto. Da ciò, ed in sintesi, si ricava che qualunque tentativo politico e sociale di superare tale limite al fine di riportare in vita modelli giuridici dal passato costituisce essenzialmente un progetto privo di legittimità. Se, quindi, i populismi tradizionali erano legittimati dai sistemi politici e giuridici nei quali venivano praticati, lo stesso non si può dire di questi nuovi populismi dell'età costituzionale, che nascono illegittimi, innanzitutto perché ideologicamente incompatibili con i fondamenti dell'etica pubblica costituzionale che, per quanto aperta ed inclusiva, richiede, quantomeno, la condivisione dei suoi presupposti ideologici e morali. "Se ciò è vero —commenta ancora Spadaro— né il populismo (che potrebbe essere definito una degenerazione della democrazia), né il sovranismo (che appare in contrasto alle teorie universalistiche dei diritti) sembrano quindi compatibili con il "costituzionalismo", che costituisce

invece un'etica pubblica inclusiva ed eterocentrica, almeno nell'accezione largamente comune e, almeno fino a poco tempo fa, apparentemente controversa del termine" (Spadaro, 2020, p. 3877).

Da ciò discende un altro carattere distintivo del populismo contemporaneo, ben più inquietante del precedente benché derivi da quello, e consistente nel fatto "che il consenso popolare viene perseguito, dagli odierni populismi, non soltanto nei confronti di misure punitive, ma anche nei confronti di politiche e di pratiche consistenti in aperte violazioni dei diritti umani delle persone e talora in veri e propri reati" (Ferrajoli, 2019). Se il populismo tradizionale esaminato nei paragrafi precedenti appariva reazionario, perché tendeva a mantenere lo *satus quo*, *in primis* giuridico, facendo leva sulla coesione e sulla presunta integrità morale della maggioranza sociale, il nuovo populismo penale è, invece, sovversivo, perché facendo leva sui medesimi elementi irrazionali, tende a sovvertire l'ordine costituzionale esistente tentando di superarne costantemente i limiti, innanzitutto quelli fissati dai diritti fondamentali. Come sottolinea Ferrajoli, "il populismo penale consiste nella ricerca del consenso non già facendo leva sulla paura per la criminalità di strada e inasprendo le pene, bensì ostentando politiche esse stesse illecite, consistenti in lesioni massicce dei diritti umani" (Ferrajoli, 2019).

Gli esempi negli ultimi anni si sprecano, e non è certo questa la sede adeguata per passarli in rassegna, ma credo che le politiche europee ed italiane in modo particolare in tema di migranti si commentino da sole. Pensiamo alla cd. "chiusura dei porti" disposta dal Governo Conte, un provvedimento discriminatorio e preso in contrasto con alcune basilari norme internazionali, a partire dalle disposizioni in materia di omissione di soccorso della Convenzione di Amburgo del 1978, e poi esibito come uno scalpito in sede politica. Credo sia questa la quintessenza del populismo penale contemporaneo, il populismo penale 2.0, una strategia che non si limita come in passato a creare consenso, ma che pezzo dopo pezzo mira a smontare lo *status quo* costituzionale fornendo una rappresentazione dei limiti costituzionali all'intolleranza, all'indignazione ed al disgusto della maggioranza sociale, per citare ancora una volta Devlin, come inutili fardelli del passato che appesantiscono la pronta reazione governativa. Con la conseguenza per cui alla razionalità e alla prevedibilità dell'azione, il populismo preferisce la sua velocità, la sua prontezza, a prescindere dai valori che esse veicolano, in quanto percepite dalla coscienza collettiva come segnali di efficienza di per sé. Sono del tutto d'accordo con Spadaro quando sostiene che "per queste (e altre) sue caratteristiche, il populismo è la forma più pericolosa, e oggi diffusa, di patologia democratica, anche quando assume le forme più accattivanti di democrazia "dei sondaggi" o addirittura

“telematica”. La pericolosità dipende essenzialmente dal fatto che, almeno in apparenza, non viene smantellato lo Stato costituzionale, essendo esso invece lentamente e progressivamente “corroso” dall’interno —come prima si diceva “pezzo dopo pezzo”— al punto che l’opinione pubblica, soggetta a lunghe tecniche di manipolazione, fa fatica a percepire, o addirittura non percepisce più, la crisi della legalità costituzionale” (Spadaro, 2010, p. 2026).

Una forma di populismo assai subdola, dunque, che non solo costituisce per le ragioni su esposte di per sé una condotta illegittima, e spesso illecita, ma che è capace di produrre a cascata e a lungo termine danni irreparabili, diffondendo ogni giorno di più sfiducia nei confronti delle così dette “caste”, siano fatte esse di magistrati, di politici o di tecnici in generale, ossia di coloro i quali, di là di qualunque distorta narrazione di tipo populistico appunto, conoscono o si suppone conoscano ciò di cui sono chiamati ad occuparsi. Il termine casta, in effetti, è usato dai populistici in modo assai distorto, malizioso e, direi, contraddittorio, *in primis* perché, come la storia recente ci sta insegnando e con riferimento esclusivo all’ambito politico, essi fondano il loro agire su un’ideologia “anticasta” costituendo essi stessi la nuova casta che sostituisce la precedente. Il punto è che il concetto di “casta”, in quanto classe o gruppo “chiuso o difficilmente accessibile”, non è di per sé sbagliato, né tantomeno incompatibile con la democrazia costituzionale. Anzi, inteso nel senso corretto, ossia come “luogo” accessibile per chi possiede determinati requisiti (culturali innanzitutto), il termine diviene sinonimo di meritocrazia. È proprio questa la contraddizione in cui mi sembra cadere il populismo: esso critica le “caste” in quanto classi di privilegiati senza merito, e propone come soluzione la creazione di una nuova “casta” composta da “uomini della strada”, ossia una forma di “mediocrazia”²⁵. Il problema è che la “mediocrazia” non è, né può essere meritocratica, per ragioni che attengono alla sua stessa struttura interna.

Ecco che il cerchio sembra chiudersi, torniamo ancora una volta all’apologia e all’esaltazione dell’“uomo medio”, del “*man on the Clapham omnibus*” di Devlin e all’idea per cui le decisioni pubbliche, consistano esse nel costringere centinaia di migranti su una nave o di condannarli direttamente a morte certa in alto mare nel disprezzo del diritto internazionale vigente, siano accettabili se rispecchiano ciò che è ritenuto “giusto”, “adeguato”, “corretto” da qualunque cittadino che sia “onesto e libero”. Se poi il cittadino in questione, come d’altronde il Ministro che in prima per-

25. Sul concetto di “mediocrazia” cfr. A. Deneault, *La mediocrazia*, Neri Pozza ed., Venezia 2017.

sona prende siffatte decisioni, poco o nulla sa di diritto costituzionale e di diritto internazionale, se sconosce l'idea stessa dei diritti fondamentali, e se soprattutto non condivide i valori fondamentali del sistema costituzionale poco importa. Per i populistici, insomma, la cosa veramente rilevante è che alle persone resti ben impresso il senso patriottico e nazionalistico implicito in quei provvedimenti, in modo tale che oltre alla coesione sociale, crescano anche i voti nelle prossime elezioni.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baratta, A. (1986). Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. En Baratta, A. (Ed.). *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*. En *Dei delitti e delle pene*, 3, pp. 443-473.
- Brougham, H. (1839). *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*. Londra: Charles Knight.
- Cascavilla, M. (2018). La sociologia del diritto penale di Emile Durkheim. *Studi di sociologia*, 3, pp. 273-290.
- Deneault, A. (2017). *La mediocrazia*. Venezia: Neri Pozza.
- Devlin, P. (1965). *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press [La imposición de la moral. Trads. Ramiro, M. A., Rodríguez Liboreiro, A. y Sosa, M. Madrid: Dykinson, 2010].
- Devlin, P. (1979). *The Judge*. Oxford: Oxford University Press.
- Donini, M. (2019). Garantismo penale oggi. *Discrimen*. Disponibile en <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Donini-Garantismo-penale-oggi-1.pdf>
- Donini, M. (2020). Populismo penale e ruolo del giurista. *Sistema penale*. Disponibile en <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/donini-populismo-penale-ruolo-del-giurista>
- Durkheim, E. (1962). *La divisione del lavoro sociale*. Milano: Edizioni di Comunità.
- Ferrajoli, L. (1986). Il diritto penale minimo. En Baratta, A. (Ed.). *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*. En *Dei delitti e delle pene*, 3, pp. 493-523.
- Ferrajoli, L. (2000). Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini). *Il Foro Italiano*, 123, 4, pp. 125-132.
- Ferrajoli, L. (2019). Il populismo penale nell'età dei populismi politici. *Questione giustizia*, 1. Disponibile en https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-populismo-penale-nell-eta-dei-populismi-politici_627.php
- Fize, W. (2020). The Homosexual Exception? The Case of the Labouchère Amendment, *91 Printemps*. Disponibile en <https://journals.openedition.org/cve/7597>
- Garland, D. (1999). *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*. Milano: Il Saggiatore.

- Mill, J.S. (1981). *Autobiography and Literary Essays*. J.M. Robson, J. Stillinger ed., En *The Collected Works of John Stuart Mill*, vol. 1. Toronto-Londra: University of Toronto Press.
- Mill, J. S. (2000). *Sulla libertà*. Milán: Bompiani [*Sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 2005].
- Mollina, G. (2000). Introduzione. En Mill, J.S. *Sulla libertà*. Milano: Bompiani.
- Pino, G. (2016). Diritto e morale. En *Che cos'è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*. Torino: Giappichelli.
- Pulliam, M. (2018). A Victorian case for Ordered Liberty. En *Law and Liberty*. Disponibile <https://lawliberty.org/classic/victorian-case-ordered-liberty-equality-fraternity-james-fitzjames-stephen/>
- Rodríguez Liborero, A. (2010). Estudio Introductorio. En P. Devlin, *La Imposicion de la moral*. Madrid: Dykinson.
- Schmitt C., *Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot. Berlino, 1994.
- Spadaro, A. (2010). Costituzionalismo versus Populismo. En Brunelli, A. Pugiotto y P. Veronesi (eds.). *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*. Napoli: Jovene, Napoli.
- Spadaro, A. (2020). Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla....“democratura”. *Saggi-DPCE on line*, 3, pp. 3875-3898.
- Stephens F.J. (1993). *Liberty, Equality and Fraternity*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Strasser, M. (2006). Lawrence, Mill and Same Sex Relationship: on Values, Valuing, and the Constitution. *Southern Californian Interdisciplinary Journal*, 15, pp. 285-306.