

SOMMARIO 3/2012

saggi

- Giuseppe Guarino, *Perché gli uomini e non gli scimpanzé sono diventati i signori del pianeta? Gli organismi biogiuridici e il ruolo del diritto* 423
- Alessandro Mangia, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano* 461
- Simone Scagliarini, *Diritto alla riservatezza e pretesa punitiva dello Stato nella disciplina delle intercettazioni: un bilanciamento da ripensare* 493

osservatorio

- Laura López de la Cruz, *Verso un divorzio senza causa in Europa?* 533

attualità

- Marco Ruotolo, *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso* 569
- Gino Scaccia, *Intelligence e segreto di Stato nella legge n. 133 del 2012* 585

recensioni

- Giuseppe Ugo Rescigno, *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Ediesse 2012* 601

ABSTRACTS

Giuseppe Guarino, *Perché gli uomini e non gli scimpanzé sono diventati i signori del pianeta? Gli organismi biogiuridici e il ruolo del diritto*

Il saggio affronta una serie di problematiche che hanno accompagnato la riflessione scientifica dell'Autore nel corso di più di sessant'anni; riflessione che ha preso l'avvio dallo studio del diritto come "forza autonoma" e come "forza di base" per arrivare alla ricostruzione di un articolato apparato ove le particelle elementari, i moduli essenziali e non ulteriormente scindibili dell'"universo" del diritto si compongono in varia forma, conducendo all'individuazione di un concetto "alternativo" del giuridico.

Tali particelle elementari sono costituite dalle condotte umane che, nel mondo del diritto, si traducono in organismo biogiuridico (OBG), quale modello generale di applicazione, eternamente presente in ogni fase (o "era") in cui viene divisa l'organizzazione della "Forza sociale" umana. Viene ripercorsa così la storia passando da una prima fase in cui l'OBG assumeva la forma della tribù, ad una seconda in cui ha assunto la forma dello Stato, per arrivare ad una terza fase ove non ancora è possibile dare un nome definitivo alla forma da esso assunta. Una particolare attenzione è prestata dunque alle caratteristiche permanenti degli OBG nel corso della loro evoluzione (in particolare, la loro qualità di entità "viventi", capaci di produrre autonomamente l'energia che ne provoca il movimento e che li distingue dalle organizzazioni) ed agli OBG che accompagnano le transizioni e la principale forma di ciascuna era (in particolare, all'OBG impresa produttiva ed ai connessi organismi della concorrenza e dei mercati).

Nella parte finale del lavoro, l'Autore estrapola infine alcune proposizioni fondamentali che consentono di individuare un percorso che faccia ordine nell'articolata e complessa analisi svolta, muovendo dalle caratteristiche delle particelle elementari, per arrivare alla loro organizzazione secondo una stratificazione progressiva, alle forme ed al senso del loro movimento.

Why Did Men and not Chimpanzees Become the Masters of the Planet? Bio-Juridical Organisms and the Role of Law

The essay deals with several issues that went along with the scientific reflection carried out by the Author during more than sixty years; a reflection that moved from the study of law as an "independent force" and as a "core force"

to get to a construction of a complex system where the elementary particles, the essential and non further divisible modules of the “universe” of law take various shapes, leading to the identification of an “alternative” concept of law.

These elementary particles are made up of human conducts that, in the world of law, are translated in a bio-juridical organism (BJB) as a general model of application, eternally present in each phase (or “era”) in which the organization of the human “Social Force” is divided. It is retraced, then, the history of these phases, moving from the first phase in which the BJB took the form of the tribe, to a second phase in which it took the form of the State, to arrive at a third stage where it isn’t yet possible to give a name to the definitive form it is taking. A particular attention is then devoted to the permanent features of BJBs (in particular, their quality of “living” entities, able to independently produce the energy that causes their movement, and that distinguishes them from the organizations) and to the BJBs that accompany the transitions and the main form of each era (in particular, productive enterprises and related organisms, as competition and markets).

In the final part of the work, the Author extrapolates some fundamental propositions that allow an identification of a path to put order in the articulated and complex analysis, moving from the features of elementary particles, to their organization according to a progressive stratification, and finally to the forms and the sense of their movement.

Alessandro Mangia, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*

L’articolo – che riproduce la relazione ad un convegno organizzato per celebrare i cento anni de ‘Lo stato moderno e la sua crisi’ – mette in luce, nella prima parte, le connessioni tra la teoria della istituzione elaborata da S. Romano e la riflessione condotta nel XIX secolo dagli studiosi dello *Staatsrecht* sulla teoria della corporazione e sulla rappresentanza di interessi, allontanandosi dalle letture più recenti che vedono in Romano un autore intento a celebrare soltanto la socialità e l’informalità del fenomeno giuridico. Nella seconda parte l’autore rivisita, in rapporto alla riflessione romaniana sulla rappresentanza, le raffigurazioni tradizionali della rappresentanza politica alla luce dei fenomeni di globalizzazione e delocalizzazione del diritto, che pongono in crisi il senso delle libertà politiche garantite dalle costituzioni nazionali e quindi la stessa categoria della rappresentanza.

Political Representation and its Crisis. One Hundred Years after the Inaugural Lecture of Santi Romano in Pisa

The paper – which reproduces the speech held by the author in a convention organized in Rome to celebrate the centenary of ‘Lo stato moderno e la sua crisi’

by Santi Romano – outlines, in the first part, the connections between the theory of the ‘institution’ by S. Romano – recognized by C. Schmitt as one of the three types of juristic thought – and the studies of German scholars of XIX century over the concepts of ‘corporation’ and ‘interest’; studies known in english-speaking countries thanks to the translation of F. W. Maitland of the works of Otto von Gierke. In the second part of the paper the author moves from the theory of Romano over political representation to revisit the traditional views on representation in connection with the phenomena of globalization and delocalization of law, and shows how the present crisis of representation is – in itself – a crisis of political freedoms, guaranteed by national constitutions, finally arguing that the natural dimension where political freedoms can find full enforcement is the dimension given by the national state.

Simone Scagliarini, *Diritto alla riservatezza e pretesa punitiva dello Stato nella disciplina delle intercettazioni: un bilanciamento da ripensare*

La disciplina delle intercettazioni è paradigmatica del rapporto tra autorità e libertà e presuppone un bilanciamento tra due interessi di rilievo costituzionale, quali la tutela della riservatezza e la pretesa punitiva dello Stato. Lo scritto analizza la disciplina vigente (e l’ultima proposta di modifica) sul tema per argomentare come, alla luce della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo recepite dal legislatore, oggi si sia venuto affermando un equilibrio eccessivamente sbilanciato a vantaggio della privacy. Questo, del resto, sembra rispondere ad un indirizzo culturale, non solo giuridico, che si è ormai ampiamente diffuso, rispetto al quale l’autore richiama l’esigenza di salvaguardare altri interessi costituzionali e di tenere conto anche dei doveri di solidarietà sociale.

Striking a Balance between Right to Privacy and State Investigation in Connection with Phone Tapping by the Judicial Authorities

The matter of phone tapping by the judicial authorities is paradigmatic in the relation between the power and freedom, and gives rise to the need to strike a balance between two constitutional interests: the protection of privacy and judicial investigation by the State. This article analyses the current regulation (and the latest proposal for amendments) in order to clarify how, in light of constitutional case law and that of the European Court of Human Rights influencing the legislator today, the approach to phone tapping tends to give excessive weight to privacy. This seems to be in line not only with legal principles but also a cultural trend. In response to this trend the author advocates the need to safeguard other constitutional interests, including duties and social solidarity

Laura López de la Cruz, *Verso un divorzio senza causa in Europa?*

La recente modifica della normativa del divorzio in Spagna ha portato a dare un maggior ruolo alla volontà dei coniugi di estinguere il vincolo del matrimonio. La nuova disciplina (Legge 15/2005 dell'8 luglio) ha provocato un importante cambiamento concettuale dell'istituto del divorzio, seguendo l'esempio di altri paesi europei come la Svezia o la Finlandia, nei quali è consentito che solo uno dei coniugi possa decidere lo scioglimento del matrimonio. Questo implica un rafforzamento della libertà personale come diritto fondamentale, in coerenza con il ruolo preferenziale assunto dai diritti fondamentali degli individui, anche all'interno della famiglia. Tuttavia, un'analisi della regolamentazione del divorzio in Europa ci dimostra come non vi sia stato un processo evolutivo lineare che ci permetta di constatare questo processo in tutti i paesi e in tutti i periodi; al contrario, la disciplina del divorzio è caratterizzata da regressioni continue, in cui la libertà dei coniugi è stata limitata in funzione degli interessi politici. Si tratta dunque di analizzare i cambiamenti che hanno avuto luogo nella normativa che regola il divorzio nei paesi a noi vicini e le conseguenze della riforma operata in Spagna.

Towards a Divorce without Cause in Europe?

Recent amendments in the regulation of divorce in Spain give a greater role to the will of the spouses to extinguish the marriage bond. The new regulation (Act 15/2005, from 8 July) has caused an important conceptual change in this institution, as in other countries such as Sweden or Finland, where one of the spouses can unilaterally bring and end to the marriage.

This implies a strengthening of personal freedom as a fundamental right and coheres with the prevalence of the fundamental rights of individuals within a family.

Nevertheless, if we proceed to analyse the regulation of divorce in Europe we see how the evolution of regulation has not been linear, so we can assert this process has taken place some time in all countries. On the other hand, the institution of divorce is characterized by continuous regressions in which freedom of the spouses has been limited due to different political interests.

Therefore we need to analyse the changes made in the regulations on divorce in neighbouring countries and the consequences of the reform that has taken place in Spain.

Marco Ruotolo, *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso*

Nella prima parte del lavoro l'Autore illustra i dati relativi alla popolazione detenuta straniera, mettendo in evidenza gli effetti prodotti dalle politiche securitarie dell'ultimo decennio, specificamente dalla legge n. 189 del 2002 in

tema di immigrazione. Ad un periodo di attivismo del legislatore (specialmente: anni 2002-2006), che ha prodotto leggi “carcerogene”, ha fatto seguito un periodo di latitanza dello stesso, ancorché la necessità di un intervento sulle leggi “riempi carceri” fosse da più parti segnalata.

È sul piano giurisprudenziale che si registrano i più significativi interventi nei termini di un contenimento degli effetti di politiche securitarie che hanno indubbiamente prodotto un incremento della carcerazione. Tra questi, particolare attenzione è riservata alle decisioni della Corte costituzionale che hanno dichiarato l’incostituzionalità delle norme che prevedevano l’automatica applicazione della carcerazione preventiva nei confronti di soggetti gravemente indiziati di alcuni delitti (omicidio, violenza sessuale, spaccio di stupefacenti, ecc.) o del divieto di concessione della sanatoria rispetto a lavoratori extracomunitari condannati per uno dei reati previsti dall’art. 381 del codice di procedura penale. Dalla giurisprudenza costituzionale si ricavano indicazioni significative circa la necessità di uno stretto scrutinio di costituzionalità rispetto a interventi che siano esclusivamente mossi da ragioni securitarie, animati da una concezione asfittica di sicurezza, riguardata in termini di mera conservazione dello *status quo ante* e dunque volta all’emarginazione del diverso. Se si guarda a chi sta in carcere e per quali reati, si ha la plastica rappresentazione di questa realtà, la conferma di quanto da tempo si va dicendo: a “meno Stato sociale”, a minor interventismo economico corrisponde “più Stato poliziesco e penale”.

La parte finale del lavoro è dedicata alle specifiche problematiche del trattamento penitenziario quando questo veda come destinatario lo straniero. Problematiche che finiscono per mettere in discussione la portata stessa del principio costituzionale di rieducazione del condannato. Il lavoro si conclude con l’auspicio di un netto cambiamento di rotta delle politiche securitarie e delle politiche sociali, che comprenda anche una significativa revisione della legislazione in tema di immigrazione.

Immigration and Prison. Rights and Rules in a Closed Universe

In the first part of the work the Author illustrates data on the foreign population of Italian prisons, highlighting the effects produced by the security policies of the last decade, especially by Law n. 189 of 2002 on immigration. A period of legislative activism (especially: years 2002-2006) that produced “prison generating” laws was followed by a period of legislative inaction, even though many marked the need for an intervention on “filling jails” laws.

It is on the jurisprudential level that are registered the most significant interventions to contain the effects of security policies on incarceration increase. Among these, a particular attention is reserved to the decisions of the Constitutional Court that declared the unconstitutionality of the norms providing for the automatic application of preventive detention against persons seriously suspected of certain crimes (murder, rape, drug dealing, etc.) or prohibiting the regularization to non-EU workers convicted for one of the crimes provided for by

art. 381 of the criminal procedural code. Constitutional case law gives significant indications on the need for a strict scrutiny of constitutionality with respect to interventions motivated exclusively by security reasons, animated by a suffocating conception of security (regarded in terms of mere preservation of the *status quo ante* and thus aimed to the exclusion of the “other”). Looking at who is in prison and for what kind of crimes, it is possible to have a plastic representation of this reality, a confirmation of a diffused observation: to “less welfare state”, with lower economic interventions, corresponds “more police and criminal state”.

The final part of the work is devoted to the specific problems posed by prison treatments addressed to the stranger. Problems that end up questioning the constitutional principle of rehabilitation of the prisoner. The work ends with the hope of a firm change in direction of security policies and social policies, including a significant revision of immigration laws.

Gino Scaccia, *Intelligence e segreto di Stato nella legge n. 133 del 2012*

La legge n. 133 del 2012 ha introdotto limitate, ma importanti modifiche alla disciplina del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e del segreto di Stato recata dalla legge 3 agosto 2007, n. 124. Le ragioni che hanno indotto il legislatore a ritoccare la legge n. 124 dopo soli cinque anni sono essenzialmente tre. La prima risiede nella necessità di adeguare le strutture informative all’incalzante evoluzione tecnologica. Al riguardo, la legge n. 133 ha previsto che il Dipartimento per le informazioni e la sicurezza presso la Presidenza del Consiglio (DIS) curi la redazione di un documento di sicurezza nazionale, relativo alla ricognizione delle attività di protezione di infrastrutture critiche, protezione cibernetica e sicurezza informatica. Una seconda ragione riguarda l’esigenza di razionalizzare e contenere i costi dei servizi di *intelligence*. Sul punto, la legge in esame ha attribuito al DIS più intensi poteri di direzione e di coordinamento delle attività di ricerca informativa e di analisi autonomamente svolte dall’Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISI) e dall’Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE). Infine, la legge in esame risponde all’esigenza di potenziare le funzioni di vigilanza e di controllo politico parlamentare in tema di segreto di Stato. Ciò anche alla luce delle sentenze della Corte costituzionale nn. 106 del 2009 e 40 del 2012 che hanno riconosciuto al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir) il pieno ed esclusivo controllo di merito sull’opposizione e la conferma del segreto di Stato. La legge n. 133 ha conferito nuove funzioni consultive a tale Comitato, volte ad assicurare una più ampia compartecipazione del Parlamento alla gestione del settore *intelligence* anche nella sua fase programmatica. Quanto al controllo procedurale sul segreto di Stato, la legge ha introdotto la possibilità per il Copasir di convocare il Presidente del Consiglio dei Ministri in apposita seduta segreta, al fine di esporre il *quadro informativo idoneo* a consentire l’esame nel merito della

confirma dell'opposizione del segreto di Stato. Formula, questa, che dovrebbe contribuire a porre in un ragionevole equilibrio il "privilegio dell'esecutivo" in materia di sicurezza nazionale e di segreto politico e l'esigenza indefettibile di controllo democratico. Altra novità è costituita dall'abbassamento del *quorum* deliberativo – voto a maggioranza dei due terzi e non più all'unanimità – richiesto al Copasir per disporre indagini sulla rispondenza dei comportamenti di appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza ai compiti istituzionali. Tale modifica agevola notevolmente l'esercizio della funzione di sindacato ispettivo dell'organo. In conclusione, la legge n. 133 colloca in un accettabile equilibrio regolativo i diversi interessi costituzionali che si fronteggiano nella materia del segreto di Stato. Rafforzando il controllo politico a parziale compensazione di un finora debole controllo giurisdizionale, essa rinsalda la legittimazione del Governo e quindi, indirettamente, la forza e l'autorevolezza delle politiche della sicurezza nazionale.

Intelligence and State Secret in the Statutory Law n. 133/2012

Statutory law n. 133/2012 has introduced important changes to law n. 124/2007 concerning "information system for the security of the Republic and the State secret". The reasons why a new law was required after five years only of implementation of the law n. 124 are essentially three.

First: the need to make intelligence Agencies fit to the pressing technological evolution. Law n. 133 thereupon provides that the annual report submitted to Parliament by the governmental Department for Information and Security (DIS) must contain a specific National Security Document about protection of essential infrastructures and intangible assets, cybernetic defence and computer security.

Second: the need to cut expenditures for intelligence Agencies. On that matter, law n. 133 enlarges the powers of DIS, by giving it the task to unify and coordinate information's collection and strategic analysis independently made by Information and internal Security Agency (AISI) and Information and external Security Agency (AISE).

In addition, law n. 133 aims to strengthen parliamentary supervision and control in the field of intelligence and State secret, so implementing decisions of the Constitutional Court (in particular nn. 106/2009 and 40/2012) recognising to the parliamentary Committee on security of the republic (Copasir) the full and exclusive review on application of a State secret as a criminal immunity.

That review now provides the direct involvement of the Premier, who can be required by Copasir to report (in secret session) about the political reasons founding the application of the State secret in a criminal trial or a civil procedure.

As a conclusion, law n. 133 seems to balance reasonably the different conflicting constitutional interests encompassed in the field of State secret. By strengthening political control on that secret in order to make up for a weak judicial review, it increases legitimacy and, consequently, power and authority of national security policies.