

SEZIONE I

Il totem sicurezza e le sue ricadute in ambito penalistico

SOMMARIO: 1. Diritto penale e sicurezza tra tutela dal “nemico” e discriminazione dei diversi. – 2. L’involuzione della sicurezza come oggetto della tutela giuridica. – 3. Società, sicurezza e rischio nel tempo del non-sapere. – 4. La legislazione penale compulsiva: dalla legittima difesa domiciliare alla disciplina lombrosiana della recidiva. Le irrazionalità della legislazione penale speciale.

1. Diritto penale e sicurezza tra tutela dal “nemico” e discriminazione dei diversi

Gli interventi legislativi di matrice penalistica degli ultimi venticinque anni svelano un ricorrente dato comune, tradendo una tendenza all’uso *strumentale, simbolico e pletorico* del diritto penale.

Strumentale perché il diritto penale recente è diventato inequivocabile *medium* di politiche criminali di tolleranza zero verso i “diversi”: i “nemici” dell’ordine, della sicurezza, del decoro delle strade e – nel senso più ampio del termine – della nostra “cultura”¹.

¹Tra la sterminata letteratura in argomento si segnalano AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, 2007; AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Papa e M. Donini, Milano, 2007; AA.VV., *Verso un diritto penale del nemico?*, fascicolo monografico di *Questione giustizia*, n. 4/2006; P. ALBRECHT, *Krieg gegen den Terror – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht*, in *ZSTW*, 2005, 852 ss.; K. AMBOS, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2^a ed., Berlin, 2004; A. APONTE, *Jakobs, il diritto penale del nemico e il “caso colombiano”*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 3/2006, 31 ss.; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia sicurezza riforme*, a cura di A. Anastasia e M. Palma, Milano, 2001, 19 ss.; A. CAVALIERE, *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2018, 125 ss.; M. CANCIO MELIÀ, *Feind “Strafrecht”?*, in *ZSTW*, 2005, 117, 2, 267 ss.; R. CORNELLI, *La poli-*

Simbolico perché la tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici si traduce sempre più spesso in previsioni farraginose, irragionevoli e non di rado pesantemente sanzionate, oscure dal punto di vista teorico ma – ancor più – da quello applicativo e spesso caratterizzate da un’anticipazione a dir poco generosa della tutela penale² (eloquente l’incriminazione progressivamente più ampia delle condotte collaterali al fenomeno associativo nel contrasto al terrorismo internazionale³).

Pletorico perché la proliferazione delle norme penali di nuovo conio si affianca in modo troppo frequente all’ambito di operatività per dir così “naturale” dell’illecito amministrativo punitivo o a quello delle misure di prevenzione. Alcuni di questi strumenti si collocano normalmente al di fuori dal campo strettamente penalistico, ma la loro capacità di incidere sui diritti individuali segnala la necessità di vagliarli alla luce del sistema di garanzie proprio del diritto penale⁴.

tica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale, in www.discrimen.it; E. DEMETRIO CRESPO, *Il “diritto penale del nemico” darf nicht sein!*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2/2007, 39 ss.; ID., *Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, 87 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 2, 735 ss.; ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2/2007, 55 ss. (in merito all’originale distinzione tra l’inaccettabile paradigma del diritto penale del nemico e quello del diritto penale “di lotta” a peculiari fenomeni criminosi, caratterizzato da una maggiore “flessibilità” delle garanzie); L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in *Nove lezioni per la democrazia*, a cura di M. Bovero e V. Pазé, Roma-Bari, 2010; L. GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valencia, 2005; G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS-M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003; G. JAKOBS, *Terroristen als personen im Recht?*, in *ZStW*, 2005, n. 4, 117 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 470 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000; L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 9 ss.; L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell’intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 525 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!*, in *Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kai Nehm am 65. Geburtstag*, a cura di R. Griesbaum, R. Hannich, K.H. Schnarr, Berlin, 2006, 219 ss.; R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, 757 ss.; ID., *El enemigo en derecho penal*, Buenos Aires, 2006.

² Sulla stretta correlazione tra diritto penale del nemico ed uso simbolico del diritto penale v. E. DEMETRIO CRESPO, *Il “diritto penale del nemico” darf nicht sein!*, cit., 48.

³ *Infra*, Sez. III.

⁴ M. PELISSERO, *Il superamento delle sanzioni punitive e delle misure di preven-*

L'invadenza delle recenti scelte di incriminazione rivela, da un lato, la connessione cruciale tra scelte di politica criminale e modelli di democrazia e, dall'altro, la crescente atrofizzazione di fondamentali diritti di libertà: del "cittadino" come del "nemico". Il cittadino accetta una restrizione delle sue libertà in nome della "sicurezza"⁵; il "nemico" viene per contro privato di ogni *status*: non solo di cittadino, ma persino di essere umano (si pensi alle involuzioni arrecate – a livello internazionale – da vicende come quelle di Guantanamo e di Abu Ghraib sul piano della tenuta elementare dei diritti umani⁶).

In rapporto a quest'ultimo profilo la sensazione netta – e affatto rassicurante – è quella del ritorno a un diritto penale fondato sull'esigenza di neutralizzare categorie di soggetti socialmente pericolosi (*il recidivo, il clandestino, il terrorista*)⁷: d'altronde, lo schema del diritto penale del nemico altro non è che il vecchio schema del "nemico del popolo" di staliniana memoria e, per altro verso, il modello penale nazista del tipo d'autore (*Tätertyp*)⁸. E si riallaccia a una tradizione

zione personali nel nuovo pacchetto sicurezza, in *Studium Iuris*, n. 10/2017, 1100 ss.; ID., *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, fasc. 1/2018, 80. La giurisprudenza della Corte EDU, del resto, impone oggi compatta il disvelamento di sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali. In argomento, v. da ultimo F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2018.

⁵ Si veda il fondamentale studio criminologico di D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine ed ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004. A livello lato sensu penalistico, cfr. tra gli altri F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1003 ss., E. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, I, 181 ss. e D. SCATOLERO, *Vittime, insicurezza e territorio: prospettive d'azione*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2/1992, 179 ss.

⁶ In argomento, tra gli altri, M. DELMAS-MARTY, *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano?*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2/2007, 21 ss.; G. FLETCHER, *Black Hole in Guantanamo Bay*, in *Journal of International Criminal Justice*, II, 1, 2004, 121 ss.

⁷ V., da ultimo, M.L. LANZILLO, *Lo stato della sicurezza: costituzione e trasformazione di un concetto politico*, in *Ragion pratica*, fasc. 1/2018, 11: «di fronte all'emergere di nuove paure (dalla minaccia del terrorismo alle paure innescate dalle ondate migratorie), le società occidentali risultano sempre più disponibili ad accettare come norma (e dunque a riconoscere come «normali») risposte autoritarie, indiscriminate e sproporzionate, lesive delle nostre libertà costituzionali, frutto di una nuova strategia politica che sempre più spesso rappresenta all'opinione pubblica il presente quale condizione di eccezionalità permanente».

⁸ In questo senso v., tra gli altri, E. DEMETRIO CRESPO, *Il "diritto penale del nemico" darf nicht sein!*, cit., 48 e persino G. JAKOBS-M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, cit., 57 ss., 100 ss. Cfr. anche D. PULITANÒ, *La cultura del controllo. Uno*

antica e ricorrente di dispotismo penale inaugurata dai *crimina maie-statis*.

Nei confronti del diritto penale del nemico si sono registrati due atteggiamenti *prima facie* non conciliabili: quello di chi, ritenendo il rispetto dei principi di legalità e di colpevolezza (oltre che della presunzione d'innocenza) un valore non negoziabile, ha *a priori* negato qualunque tipo di legittimazione al *Feindstrafrecht*⁹ e quello di chi, forse più realisticamente, pare riconoscerne – in prospettiva storica – una qualche astratta plausibilità¹⁰. Diventa allora necessario com-

sguardo sulla storia recente del diritto penale italiano, in AA.VV., *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, a cura di A. Ceretti, Milano, 2005, 108 ss. V., da ultimo, le originali riflessioni di G. FIANDACA, *Nulla di nuovo sotto il sole (o buio) penalistico: Manzini precursore di Jakobs nella teorizzazione di un "diritto penale del nemico"?*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, Milano, 2018, I, 37 ss., il quale ripercorre criticamente le argomentazioni premonitrici della celebre prolusione torinese di Manzini del 1910 (che già distingueva tra diritto penale *della gente colta e onesta* e diritto penale *contro la peggior delinquenza e contro la malavita*, auspicando – tra le altre cose – l'uso della pena di morte e persino delle pene afflittive corporali come la fustigazione). V., in special modo, p. 44: «se è vero che un modello di diritto penale del nemico così come teorizzato da Jakobs non può in se stesso essere condiviso e ne va perciò contrastata l'eventuale attuazione, è pur vero che esso può risultare invece utile come canone diagnostico per valutare criticamente torsioni illiberali, e persino tentazioni autoritarie non di rado incumbenti, anche nel contesto delle democrazie contemporanee minacciate da forme di criminalità sempre più insidiose, sul duplice versante della prassi legislativa e di quella giudiziaria».

⁹Nella letteratura italiana v., in particolare, L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2006, 801, e D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2006, 740 ss. Nella dottrina penalistica tedesca v., tra gli altri, le veementi riserve critiche di B. SCHÜNEMANN, *Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!*, in *Strafrecht und Justizgewährung*, cit., 219 ss. Perentoria anche, in ambito spagnolo, la stroncatura di E. DEMETRIO CRESPO, *Il diritto penale del nemico*, cit., 51: «i diritti umani devono costituire il nesso fondamentale tra l'essere e il dover essere del diritto penale e la barriera invalicabile per ogni pretesa politico-criminale, filosofico-politica, filosofico-giuridica, sociologica o dogmatica».

¹⁰F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2006, 666. J. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Valencia, 2001, 166, si è chiesto, ad es., se sia ammissibile una “terza velocità” del diritto penale (le prime si riferirebbero, rispettivamente, al “diritto penale del carcere” e a quello, più elastico, “senza carcere”), caratterizzata da un'ampia relativizzazione delle garanzie sostanziali e processuali. L'Autore legittima questa peculiarissima condizione emergenziale solo come *extrema ratio*, e comunque per periodi di tempo assai limitati.

prendere quale sia l'autentico significato dell'espressione "diritto penale del nemico".

Di tale concetto è possibile fornire due diverse accezioni, rispettivamente *empirico-descrittiva* e *normativa*. In senso *descrittivo*, il diritto penale del nemico è solo (si fa per dire) «una perversione del diritto penale, cioè di pratiche punitive e repressive che si ammantano del nome di diritto penale e che del diritto penale sono invece la negazione»¹¹. In senso *normativo*, il *Feindstrafrecht* viene surrettiziamente suggerito come nuovo paradigma penalistico alla cui stregua costruire statuti garantistici diversi per situazioni soggettive "eterogenee"¹².

È proprio il paradigma desumibile dalle caratteristiche strutturali del diritto penale del nemico a rivelare l'assoluta incompatibilità *logica, funzionale e ideologica* di questo modello di incriminazione col diritto penale di ispirazione liberale, a prescindere dall'atteggiamento – garantistico o storicistico – con cui lo si esamini. Il "codice genetico" del *Feindstrafrecht* si fonda, in particolare, su tre elementi degni di nota:

1) l'appartenenza dell'autore a una categoria soggettiva: lo *status* del soggetto attivo diventa elemento costitutivo di quell'*identità* dell'autore rilevante ai fini dell'instaurazione di una relazione "nemica" ¹³;

2) la *de-giurisdizionalizzazione* del processo di applicazione della risposta sanzionatoria come conseguenza della criminalizzazione di uno *status*. In effetti, «una volta che non sia in gioco l'accertamento della responsabilità individuale per la commissione di un fatto, l'esigenza di un *giudizio* da parte di un organo terzo viene meno» ¹⁴;

3) l'adozione di una risposta sanzionatoria che tende all'esclusione/eliminazione/neutralizzazione del nemico, sia attraverso l'esorbi-

¹¹ L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, cit., 799.

¹² L. FERRAJOLI, *loc. ult. cit.*

¹³ Così, acutamente, F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, cit., 677.

¹⁴ Ancora F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, cit., 678: «nessuna esigenza infatti si pone di valutare il fatto e interpretare la norma incriminatrice per accertare la corrispondenza di quel fatto alle esigenze teleologiche della norma, nessuna esigenza poi di graduare la responsabilità in rapporto a tutta una serie di elementi oggettivi e soprattutto soggettivi che solo il giudice – nell'esercizio di quel delicatissimo potere che è la commisurazione giudiziale – può cogliere nella concretezza dell'episodio e sulla base degli scopi ultimi della sanzione punitiva. Tutto si riduce alla pura e semplice verifica che il soggetto presenti la qualifica di nemico, per procedere poi alla sua tendenziale eliminazione».

tanza dei limiti edittali di pena che col divieto assoluto di benefici penitenziari.

La combinazione di queste caratteristiche¹⁵ determina, com'è stato attentamente osservato, un processo di *militarizzazione*¹⁶ del diritto penale rispetto a specifiche forme di criminalità – come quella di matrice terroristica – difficilmente contestualizzabili *a priori* e fondate su un'ostilità a sua volta radicale¹⁷ ma atipica (può definirsi “guerra” quella al terrorismo o non si tratta, piuttosto, di una lotta senza quartiere sottratta a leggi e convenzioni internazionali secondo lo schema del “nemico asimmetrico”?).

Da qui alla naturale espansione dello strumento penale verso la ricerca di *altri nemici* della società il passo è breve¹⁸. Le norme – anche penali – in materia di immigrazione clandestina confermano questa impressione, dando la stura alle supposizioni più diverse: chi è il nemico, lo “straniero” che ancor oggi suscita inquietudine nelle società postmoderne¹⁹? Solo il terrorista o non anche il brutto/sporco/cattivo

¹⁵ I dodici indici di cambiamento legati alla crescita della cultura del controllo e le loro cause sono stati ben evidenziati, a livello criminologico, da D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit. Tra essi merita un cenno la questione della *commercializzazione del controllo del crimine*: in un'economia di mercato anche il crimine diventa *business*, determinando un'imponente espansione dell'industria (pubblica e privata) della sicurezza. Sul punto, v. anche D. GARLAND, *Pena, controllo sociale e modernità*, in AA.VV., *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, a cura di A. Ceretti, Milano, 2005, 20 ss.

¹⁶ L'efficace espressione è di F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., 679. V. meglio *infra*, Sez. III, § 5.

¹⁷ V., in generale, H. JONAS, *Tecnica, Medicina ed Etica*, Torino, 1997, in riferimento alla c.d. *euristica della paura*, di cui il *Feindstrafrecht* sembra – per taluni aspetti – la proiezione giuridica.

¹⁸ Cfr., da un punto di vista squisitamente sociologico, I. HACKING, *Categorie di persone: un bersaglio mobile*, in *La Rivista delle politiche sociali*, fasc. 3/2009, 265 ss.

¹⁹ V. Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999. Rifacendosi a Lévi Strauss, Bauman rievoca le due strategie alternative e complementari impiegate ciclicamente dalle società per la “neutralizzazione” dello straniero: «la prima era *antropofagica*: consisteva nell'annullare gli stranieri *divorandoli* per poi metabolizzarli al fine di renderli una copia perfetta di se stessi. Questa era la strategia dell'*assimilazione*: rendere simile il dissimile; soffocare le distinzioni culturali o linguistiche; proibire tutte le tradizioni e i legami ad eccezione di quelli che favorivano il conformismo verso il nuovo e pervasivo ordine; promuovere e rinforzare il solo e unico criterio della conformità. La seconda strategia era *antropoemica*: *espellere* gli stranieri, esiliarli dai limiti del mondo ordinato e impedire loro ogni comunicazione con chi sta dentro. Questa era la strategia dell'*esclusione*: confinare gli stranieri all'interno delle mura ben visibili del ghetto o dietro gli invisibili e non meno tangibili, divieti di *condivisione*, *connubium* e *commercium*; “compiere

(*clochard*, clandestino, extracomunitario)²⁰? Il ritorno della *kalokagathia* evidenzia l'involuzione, anche sul piano penalistico, delle moderne categorie di giudizio²¹. Procedendo su questa strada, è agevole comprendere come la repressione penale dell'immigrazione clandestina sia divenuta «cifra ideologica del diritto penale della diseguaglianza»²².

Si è detto, con efficace provocazione, che l'espressione "diritto penale liberale" sarebbe tendenzialmente ossimorica, considerati natura e scopi dello *ius terribile*: l'"in sé" del diritto penale esprimerebbe fatalmente una visione sociale sfociante in un giudizio di disapprovazione da parte dell'intera comunità²³. L'osservazione coglie indubbiamente nel segno, specie ove si voglia ravvisare ancor oggi la peculiarità della sanzione penale nella violazione del "minimo etico"²⁴, ovvero

un rituale di purificazione" attraverso l'espulsione degli stranieri oltre le frontiere del territorio amministrato; o, quando nessuna delle due misure era applicabile, distruggere gli stranieri fisicamente.

L'espressione comune delle due strategie si manifestò nello scontro tra la versione del progetto moderno di stampo liberale e quello di stampo nazionalista/razista».

²⁰ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 556: «i discorsi sulla sicurezza tendono pericolosamente a dividere il mondo in campi contrapposti: da un lato i cattivi (spesso brutti e sporchi) che mettono in pericolo la sicurezza, dall'altro lato i cittadini perbene, preoccupati della loro sicurezza». Le politiche securitarie oggi dominanti possono essere lette in quest'ottica: prosecuzione di una tendenza in corso da tempo, che ha preso corpo in paradigmi alternativi a quello universalistico che sta alla base di una civiltà giuridica fondata sulla ragione e sui diritti dell'uomo. «Non un diritto penale classicamente e compattamente autoritario, ma un diritto che differenzia tra noi e loro, tra i salvati e i sommersi, fra i normali cittadini (destinatari della protezione legale dal crimine), e i criminali da neutralizzare con qualsiasi mezzo. Un sistema "a doppio binario": garantista e securitario per noi, repressivo per loro».

²¹ Un'interessante indagine sul ruolo che il diritto (anche) penale ha giocato e può giocare nel sostenere processi sociali di stigmatizzazione, esclusione e *deumanizzazione*, destinati a condurre all'espulsione (anche terminale) di individui considerati come *non persone* è stata, di recente, condotta da A. VISCONTI, *Memoria e comprensione dell'altro' tra difesa sociale e garanzie individuali: la prospettiva giuridica per un diritto penale democratico*, in *Jus*, 1/2017, 37 ss.

²² D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 557.

²³ G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, 331: «la pena è infatti qualcosa che evoca l'intero, la totalità, anche di coloro ai quali viene inflitta. Una totalità che nasce dalla sua complessità di istituzione sociale».

²⁴ G. JELLINEK, *Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2^a ed., Berlino, 1908, 45.

nella disapprovazione etico-sociale emessa per conto della comunità. E tuttavia, anche ove si volesse aderire a siffatta impostazione (adottando un criterio di legittimazione dell'intervento penale talora addirittura antitetico rispetto al parametro dell'*offensività*), non si potrebbe prescindere dall'individuare una persona umana *responsabile* come destinataria di un *rimprovero* per un *fatto* commesso²⁵. Laddove il fatto non può mai essere identificato in un generico pericolo per la sicurezza o in istanze generalpreventive collegate (esclusivamente) alla condizione soggettiva dell'autore.

Occorre partire da una rapida ricognizione del concetto di sicurezza, inteso come bene giuridico – vero o presunto – alla cui stregua arretrare la soglia dell'incriminazione sino a sovrapporre la prevenzione del danno da reato con quella collegata alla neutralizzazione preventiva del (presunto) criminale²⁶. La sicurezza, da condizione necessaria per l'esercizio dei diritti, è assurda essa stessa a diritto, diventando strumento di ampliamento del controllo penale e di limitazione dei diritti individuali²⁷.

Diventa essenziale, in special modo, chiedersi se – e fino a che punto – la conclamata “sicurezza” del cittadino sia *realmente* un diritto fondamentale (inteso, in senso liberale, come sicurezza *dei diritti fondamentali*) o solo un obiettivo di politica criminale di ispirazione tutt'altro che “liberale”²⁸.

2. *L'involuzione della sicurezza come oggetto della tutela giuridica*

Cos'è la sicurezza²⁹? La domanda può persino apparire retorica se

²⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008, 160.

²⁶ Interessante, in questo senso, l'ampia ricognizione critica di G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 290 ss., sulla crisi del bene giuridico come crisi dell'idea liberale di “preesistenza” dei valori alle scelte del legislatore.

²⁷ M. PELISSERO, *Il superamento delle sanzioni punitive*, cit., 1100.

²⁸ M. PELISSERO, *Il diritto penale preventivo*, cit., 82: il concetto di “sicurezza pubblica” fa propri e potenzia i difetti del già problematico concetto di “ordine pubblico”.

²⁹ Sull'evoluzione del concetto di sicurezza v., da ultimo, A. COLOMBO, *Retorica e geopolitica della sicurezza. Dalla guerra fredda alla guerra globale al terrore*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 1/2018, 125 ss.

si pensa all'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo cui ogni individuo ha diritto alla *vita*, alla *libertà* e alla *sicurezza* della propria persona, o all'art. 41 della nostra Carta costituzionale, ove si prevede che la libertà di iniziativa economica privata non possa svolgersi «in modo da recare danno alla *sicurezza*, alla *libertà*, alla *dignità* umana». Intesa come diritto, la sicurezza s'interseca (specie a livello europeo) anche con la giustizia: l'art. 6 della Carta di Nizza-Strasburgo (CDFUE), rubricato *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, prevede che ogni persona abbia diritto *alla libertà e alla sicurezza*. La disposizione è collocata nel Titolo II, sulla libertà e segue immediatamente il Titolo I, relativo alla dignità. Questa puntualizzazione non giova, in verità, a chiarirne le molteplici sfumature.

L'accostamento – non solo sistematico – della sicurezza alla *libertà* e alla *dignità* non è casuale³⁰: non solo perché i concetti qui richiamati presentano evidenti zone di interferenza, ma soprattutto perché l'idea di sicurezza riflette, a ben vedere, le medesime ambiguità di quelle ad essa usualmente associate. In realtà, sicurezza e libertà pongono problemi di natura eterogenea: «la libertà, nel senso tradizionale di *Abwehrrecht* o di *libertà da*, viene costituita e garantita direttamente dai principi dello Stato di diritto. La sicurezza, al contrario, intesa come sicurezza da aggressioni illecite, ha bisogno di interventi attivi»³¹. In questa prospettiva, d'ispirazione liberale, la libertà si pone come argine non negoziabile rispetto alle istanze di sicurezza – peraltro in sé legittime – su cui si fonda l'intervento coercitivo del legislatore.

Il trend securitario oggi in voga è invece coerente con un diritto penale classicamente generalpreventivo, e tende a trasfigurarsi nell'oggetto di un fluttuante *diritto alla sicurezza* di beni o interessi che vengono identificati come prioritari in un determinato momento storico.

Il giusto equilibrio tra sicurezza “liberale” e “securitaria” dovrebbe tradursi in un bilanciamento costante tra diritti di libertà e intervento dell'autorità, e il diritto penale – come sostenuto dai principi liberali classici – dovrebbe porsi non come strumento, bensì quale *limite inviolabile* della politica criminale³². Il condizionale è d'obbligo, perché

³⁰ Un'assimilazione in tal senso, pur con i dovuti distinguo, è presente in M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1589.

³¹ D. PULITANÒ, *loc. ult. cit.*

³² D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 550: «in questo contesto, il problema della sicurezza si pone non solo come problema di sicurezza attraverso il diritto penale, ma anche come sicurezza nei confronti di quello strumento di lesione e di messa in pericolo di beni giuridici, rappresentato dal diritto e dalle istituzioni penali» (corsivo dell'Autore).

mai come nell'individuazione della latitudine securitaria l'attuale periodo storico rivela una preoccupante sovrapposizione tra prevenzione e repressione, tra sicurezza dei diritti e diritto alla sicurezza, tra sicurezza come diritto fondamentale e sicurezza come protezione del cittadino da minacce incombenti della natura più diversa.

In un'ottica siffatta, possono adattarsi perfettamente anche all'idea oggi dominante di sicurezza le acute considerazioni che Giovanni Fiandaca ha formulato in rapporto allo sfuggente concetto di "dignità" (cui, come abbiamo visto, la sicurezza è non di rado accostata)³³: ammesso che la sicurezza possa essere collegata – caso per caso – a beni giuridici meritevoli di tutela penale, il rischio è quello di precipitarla nell'alveo dei concetti strumentali e strumentalizzabili dalle forze socio-politiche preminenti in un determinato momento storico. Si trasforma così il *totem* sicurezza nella formula in grado di legittimare qualunque tipo di incriminazione, rispetto alla quale non si possa ravvisare un interesse più univoco e specifico. Illuminante, sotto quest'aspetto, appare la ricorrente sovrapposizione tra sicurezza e tutela dell'ordine pubblico, che finisce col far coincidere questo sfuggente bene giuridico persino con il decoro delle strade³⁴: l'ordine pubblico in senso materiale ricomprende, in tal modo, anche la tutela dell'apparenza della pubblica tranquillità, mentre quello in senso ideale (concetto già in sé pernicioso) perde la sua peculiare connotazione di oggetto di tutela giuridica per divenire strumento di politiche di *law and order* ispirate alla neutralizzazione del "nemico"³⁵.

³³ G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 343. V. anche G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, *passim*.

³⁴ Sul punto, cfr. tra gli altri F. PALAZZO, *Moralismo e "bagatellizzazione" del diritto penale: a proposito del progetto sulla prostituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 11, 1341 ss.; M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 1588 ss. Sul concetto di ordine pubblico v., per tutti, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988.

³⁵ G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 162: oggi si può escludere che esista una consonanza tra politiche criminali teoriche, in particolare di matrice liberale, e concrete politiche criminali legislative. Al contrario, sono dominanti anche nel nostro Paese «politiche criminali di stampo populistico, concepite in un clima più da democrazia di opinione mediaticamente manipolata che da democrazia critica». Per un bilancio estremamente negativo delle politiche criminali di *law and order* ispirate a tolleranza zero (meglio: di *Broken Windows*, dal celebre articolo di J.Q. WILSON e G.L. KELLING apparso su *The Atlantic Monthly* nel marzo 1982) v., in particolare, B.E. HARCOURT, *The illusion of Order. The False Promise of Broken Windows Policing*, Cambridge, Massachusetts, 2001, e F. STRENG, *Das "Broken Win-*

In quest'ordine di idee si collocano alcuni recenti interventi normativi. Il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito con modificazioni dalla l. 18 aprile 2017, n. 48³⁶, contiene significativi elementi di novità in relazione alla gestione della *sicurezza nelle città* (il bene pubblico che afferisce *alla vivibilità e al decoro delle città*, in base all'art. 4 del d.l. n. 14/17): essa rappresenta un profilo più specifico della sicurezza pubblica, ma è connotata al contempo da una forte reattività politica condizionata dalla vicinanza tra i soggetti che alla sicurezza devono presiedere – sindaco, prefetto, questore, forze dell'ordine – e i consociati ai quali la sicurezza va garantita³⁷. Facile diventa cadere negli estremi del populismo interventista o dell'assenza di risposte di fronte a un'esigenza di sicurezza comunque avvertita. Non può non notarsi come il sistema di misure di prevenzione personali sia stato delineato dal d.l. n. 14 del 2017 nei confronti di destinatari sempre più simili agli *oziosi e vagabondi* cari alla nostra tradizione preventiva³⁸. La tendenza è stata poi pesantemente confermata dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni nella l. 1 dicembre 2018, n. 132.

Dotato di sorprendente *souplesse*, nel quadro problematico della repressione dell'immigrazione clandestina il concetto di sicurezza si declina – come meglio vedremo tra breve³⁹ – in due ulteriori accezioni. Le espulsioni dello straniero sono espressione della tutela della c.d. *sicurezza interna*, legata al controllo dei comportamenti criminali e dei soggetti pericolosi *all'interno* del territorio, e dunque al potere di neutralizzarli mantenendo l'ordine sociale costituito⁴⁰; per contro, in-

dows” – Paradigma: *kriminologische Anmerkungen zu einem neuem Präventionsansatz*, Friedrich-Alexander-Universität, Erlangen-Nürnberg, 1999. In Italia v., di recente, M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., 1590.

³⁶ Sul d.l. n. 14/2017 v., a caldo, C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza nelle città. Verso una repressione urbi et orbi?*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, n. 3/2017, 272 ss. Per un accurato commento del testo definitivo cfr., tra gli altri, C. RUGA RIVA-B. BISCOTTI-P. RONDINI-R. CORNELLI-A. SQUAZZONI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il sindaco, il questore e il prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, n. 4/2017, 224 ss.

³⁷ V. eloquentemente V. ITALIA, *La sicurezza urbana. Le ordinanze dei sindaci e gli osservatori volontari*, Milano, 2010; M.G. GALANTINO-M. GIOVANNETTI, *La stagione delle ordinanze sulla sicurezza. Il punto di vista degli attori coinvolti*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2/2012, 55 ss., e A. MOLTENI, *La devoluzione securitaria*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 1/2015, 15 ss., in merito al fenomeno dei c.d. “sindaci sceriffi”.

³⁸ M. PELISSERO, *Il superamento delle sanzioni punitive*, cit., 1108: le misure di prevenzione poste a tutela della sicurezza urbana sembrano mirate a esaltare la sicurezza percepita più di quella reale. Sul d.l. 4 ottobre 2018, n. 231 v. *infra*, Sez. II, § 4.

³⁹ *Infra*, Sez. II.

⁴⁰ Sul punto, A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero massa*, in *Mate-*

vece, alla base delle c.d. espulsioni ripristinatorie⁴¹ si pone la difesa della c.d. *sicurezza esterna*, intesa come *difesa della sovranità statale da aggressioni esterne*. Una difesa, questa, che dopo la fine della seconda guerra mondiale e il crollo del blocco sovietico tende pericolosamente a identificarsi non con l'idea degli Stati in guerra (effettiva o "fredda") ma con lo stereotipo dello straniero/nemico, visto tanto in chiave individuale che come magmatica massa, ominosa nella sua ingovernabile quantità di ingressi⁴².

Beninteso, nulla esclude – in linea di principio – la plausibilità politico-criminale di un sistema punitivo di conio *lato sensu* preventivo⁴³ sia nella veste dell'intimidazione che in quella della neutralizzazione dei soggetti pericolosi, alla condizione inderogabile però che vengano rispettati i principi di *legalità*, di *colpevolezza* e di *uguaglianza*. Altra questione è quella se, nel caso di specie, non si sia di fronte ad un altro ossimoro: può una norma penale "neutralizzare" i soggetti pericolosi per la sicurezza senza con ciò creare individui "meno uguali" degli altri⁴⁴?

3. Società, sicurezza e rischio nel tempo del non-sapere

Il sostanziale fallimento delle politiche securitarie e la causa delle distorsioni del concetto stesso di sicurezza sono meglio indagati dai sociologi che dai giuristi.

riali per una storia della cultura giuridica, fasc. 2/2017, 508, il quale ricollega correttamente la sicurezza c.d. "interna" ai classici del pensiero politico, da Hobbes a Beccaria.

⁴¹ *Infra*, Sez. II, § 4.

⁴² A. SPENA, *La crimmigration*, cit., 509: quello di sicurezza esterna è un concetto, tipico della contemporaneità, «più direttamente legato al micro-controllo dei confini e che costituisce risvolto, o realizzazione, del diritto dello Stato, che si assume pressoché assoluto, di stabilire chi legittimamente possa entrare e soggiornare nel suo territorio. L'immagine retorica dei continenti-fortezza (*Fortress America*, *Fortress Europe*), come del resto la tendenza, ritornante in questi ultimi lustri ed anch'essa fortemente retorica, a fortificare i confini coi muri, ne costituiscono l'emblema».

⁴³ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 555: il principio di tutela dei beni giuridici «si colloca dalla parte di beni meritevoli e bisognosi di protezione. Definisce uno spazio nel quale il *problema* del penale può legittimamente essere posto. Il *trend* securitario si caratterizza per un'estrema dilatazione del campo d'intervento ed una maggiore severità».

⁴⁴ V. le riflessioni critiche di M. PAVARINI, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora nella guerra alle Unpersonen*, in *Studi sulla questione criminale*, I, fasc. 2/2006, 7 ss.

Il primo segnale distorsivo è rappresentato dalla tendenza alla localizzazione territoriale del discorso securitario, a conferma della sovrapposizione tra sicurezza e tranquillità urbana⁴⁵: si tratta di un problema che risente di un profondo stravolgimento dell'idea di società, che non è più da intendere come società *della sicurezza* ma *del rischio*⁴⁶. Mutando il tipo di società, cambiano di conseguenza i suoi parametri temporali, strutturali e persino semantici.

Dal punto di vista temporale, Zygmunt Bauman ha evidenziato come il tempo sia la differenza angosciante tra un passato non più granitico e un futuro ancora incerto⁴⁷. Lo stigma del futuro è il suo carattere oscuramente indefinito: «lo sguardo sul mondo è guidato dal continuo fluttuare di un non-sapere che si rinnova per l'inclusione e l'esclusione di rassicuranti acquisizioni di una tradizione millenaria»⁴⁸. L'incertezza del futuro determina una sorta di paralisi su scelte e stili di vita, che giunge fino al paradosso di Ulrich Beck, secondo cui ciò che non si può sapere deve essere impedito⁴⁹.

L'attesa del futuro dipende quindi, in una sorta di circolo vizioso, dalle decisioni prese nel presente, che è per definizione il tempo del non-sapere⁵⁰: di conseguenza, l'incertezza del futuro pone la necessità di utilizzare strategie di riduzione del rischio. Uno degli strumenti a ciò deputati è il diritto, che dà certezza alle aspettative consentendo di mantenerle anche qualora vengano deluse⁵¹. Altro elemento fondamentale è la fiducia, che tratta il non-sapere come sapere. Eppure è la

⁴⁵ D. SCATOLERO, *Vittime, insicurezza e territorio: prospettive d'azione*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2/1992, 181: i territori urbani vengono avvertiti come aree di esposizione ad alto rischio di vittimizzazione. La domanda di protezione "fisica" si estende e «le tante mancate risposte che ne conseguono incrementano l'illusione per tentativi di autodifesa o, comunque, per un ricorso all'iniziativa privata. Si passa così dagli esposti e dalle denunce al ricorso ai vigilantes e al mercato privato della sicurezza (allarmi, porte blindate, etc.). Il livello di insoddisfazione resta alto e il senso di sfiducia sociale e istituzionale si allarga di solito ben oltre le dimensioni del problema e del vissuto particolari. Esiste, infatti, sempre più marcata e ridondante, una questione generale connessa alla sicurezza e agli attacchi ad essa portati dalla criminalità organizzata».

⁴⁶ S. SAVOIA, *La società moderna: società della sicurezza o del rischio?*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2/3, 2015, 113.

⁴⁷ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, 124.

⁴⁸ R. DE GIORGI, *Temi di filosofia del diritto*, Lecce, 2006, 13, citato anche da S. SAVOIA, *La società moderna*, cit., 114.

⁴⁹ U. BECK, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari, 2008, 192.

⁵⁰ S. SAVOIA, *loc. ult. cit.*, citando la posizione di R. KOSELLEK, *Futuro passato*, Genova, 1986.

⁵¹ R. DE GIORGI, *Temi*, cit., 61.

sicurezza ad essere oggi, sempre più spesso, assunta come *condicio sine qua non* della trasformazione del futuro.

La sicurezza diventa un precipuo concetto normativo solo dal XVII secolo, quando nasce l'età moderna. Essa si pone in stretta correlazione con l'idea di sovranità, indicando il potere dello Stato di difendere il proprio territorio. L'evoluzione della sicurezza è, a sua volta, legata a doppio filo a quella della struttura sociale. Le società antiche, rigorosamente organizzate in modo gerarchico, distinguevano tra centro e periferia. Quando però la società si articola differenziandosi in sistemi di funzioni, il mondo diventa eterarchico e acentrico⁵²: la sicurezza non è più difesa o protezione, ma rinvia all'attivazione di "politiche sociali" dai confini fluttuanti. La questione si complica con l'evoluzione stessa delle strutture sociali, fino al momento in cui la vecchia semantica viene utilizzata per descrivere situazioni strutturali del tutto mutate. Espressione di questo iato è, per l'appunto, la localizzazione territoriale del discorso securitario⁵³.

Dagli anni Novanta del secolo scorso, la sicurezza diventa ganglio – poco variamente declinato – del confronto elettorale tra partiti di destra e di sinistra sempre più simili nei programmi⁵⁴: lo slogan "città sicure" precede e contrassegna la l. 24 luglio 2008, n. 125, che – modificando l'art. 54 del Testo unico sulle attribuzioni degli enti locali⁵⁵ – crea i c.d. "sindaci sceriffi", in grado di emanare ordinanze anche in merito a situazioni "emergenziali" non transitorie né eccezionali, su cui cadrà, pesante, la scure della Corte costituzionale⁵⁶.

⁵² N. LUHMANN-R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Milano, 1992, cap. IV.

⁵³ A. MOLteni, *La devoluzione securitaria*, cit., 15 ss.

⁵⁴ S. SAVOIA, *La società moderna*, cit., 119.

⁵⁵ Prima della novella del 2008, che ne ha esteso il potere d'ordinanza fino ai limiti della mera discrezionalità, il Sindaco poteva adottare soltanto provvedimenti contingibili e urgenti volti a *prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini*. Inoltre all'art. 54, comma 3, TUEL era specificato che: «*In casi di emergenza, connessi con il traffico e/o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verificano particolari necessità dell'utenza, il sindaco può modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, adottando i provvedimenti di cui al co. 2.*». A tale potere si affiancava quello attribuito ai Prefetti sul piano della sicurezza pubblica, ancora oggi disciplinato dall'art. 2, T.U. delle leggi di pubblica sicurezza. Sulla complessa questione v., tra gli altri, I. DAL TORO, *Potere d'ordinanza dei sindaci: gli effetti dell'intervento della Corte costituzionale sull'art. 54 TUEL*, in *Gazzetta amministrativa*, n. 1/2012, 1 ss.

⁵⁶ Cfr. Corte cost., sent. 4 aprile 2011, n. 115, in www.giurcost.org, secondo la

Il paradosso del moderno concetto di sicurezza è certamente riconducibile a un'eterogeneità dei fini: la crescente domanda di sicurezza genera altrettanta insicurezza, che culmina nella richiesta – da parte di un'opinione pubblica sempre più vincolante e veicolata dai *mass media* – di intervento politico. Sulla scia della pressante richiesta di ordine e controllo, la politica diventa compulsivo strumento di legittimazione di modelli di “tolleranza zero” come risposta alla criminalità e al disordine sociale, fino a ingenerare il motivato sospetto che non possano esistere politiche *democratiche* per la sicurezza⁵⁷.

La sicurezza è insicura perché lambisce appena un tessuto sociale caratterizzato dalla c.d. *verticalità della stratificazione*, che ha determinato la frantumazione delle vecchie forme di stabilità rispetto al futuro: oggi la religione non è più avvertita come cogente, la ricchezza non è più preconditione del sapere e il sapere non è più preconditione del potere⁵⁸. Si naviga a vista, nella certezza che le strategie di tolleranza zero siano più efficaci di eventuali alternative (che comunque non vengono mai prese in considerazione).

A livello penalistico, il circolo vizioso è imponente: si opta costantemente per un inasprimento delle pene senza abbandonare il para-

quale le ordinanze dei sindaci previste dal c.d. “pacchetto sicurezza” del 2008 ledono sia l'art. 3 che l'art. 23 Cost., generando caos legislativo in contrasto con la riserva di legge (potendo i singoli provvedimenti essere validi o meno solo in base alla competenza territoriale del sindaco) e creando «una disparità di trattamento non riconducibile ad una matrice legislativa unitaria». La sentenza in esame trae origine dal ricorso proposto, dinanzi al TAR del Veneto, da un'associazione anti-razzista, al fine di ottenere l'annullamento di un'ordinanza sindacale recante il divieto di chiedere l'elemosina in ampie zone del territorio comunale, con l'applicazione di apposite sanzioni amministrative per i contravventori (v. ancora I. DAL TORO, *loc. ult. cit.*).

⁵⁷ Si veda l'acuta riflessione di T. PITCH, *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza?*, in *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, a cura di R. De Giorgi, Lecce, 2002, 433: «sicurezza richiama oggi protezione tutela esclusione di qualcosa o qualcuno, rimanda, nel contesto attuale, alla difesa dalla criminalità e dall'inciviltà: non solo, come spesso succede, politiche così chiamate possono finire per ingenerare, legittimare o addirittura aumentare il senso di insicurezza collettivo e individuale, ma rischiano di sollecitare aspettative che non possono che venir deluse, innescando spirali difficilmente governabili di richieste e aspettative che vanno viceversa nella direzione di politiche autoritarie e repressive». Non a caso A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia sicurezza riforme*, a cura di A. Anastasia e M. Palma, Milano 2001, 34 ss., propone di sostituire il “diritto alla sicurezza” con la “sicurezza dei diritti”, intesa come sicurezza nel quadro della Costituzione e delle sue garanzie indefettibili.

⁵⁸ Così, efficacemente, S. SAVOIA, *La società moderna: società della sicurezza o del rischio?*, cit., 126.

digma della sanzione detentiva a vantaggio di strumenti risarcitori o riparatori, si cavalca il dibattito sulla legittima difesa senza domandarsi se il diritto di portare armi non implichi il rischio intollerabile di un'*escalation* di comportamenti violenti⁵⁹, si limita la libertà di culto in nome della tutela dell'ordine⁶⁰ e si indugia, sempre più spesso, sulla tattica politica del diritto penale simbolico. Anche la norma penale subisce così un'eterogeneità dei fini, una variazione temporale che la trasforma in slogan contingente destinato al nulla, di conio incerto e scarsamente tassativo, non necessario e spesso sganciato da ogni proporzione tra fatto e pena⁶¹.

La legislazione penale (più o meno) recente conferma questa tendenza.

4. La legislazione penale compulsiva: dalla legittima difesa domiciliare alla disciplina lombrosiana della recidiva. Le irrazionalità della legislazione penale speciale

Il crollo della legalità penale è stato determinato, secondo un'auto-revole chiave di lettura, da «una patologica inflazione legislativa, in forza della quale le leggi penali speciali e le figure di reato si contano ormai in migliaia. All'inflazione legislativa si è aggiunto il dissesto del linguaggio legale, che si manifesta in leggi formulate in termini oscuri, equivoci e polisemi, talora articolate in innumerevoli articoli e commi che danno luogo, con continui rinvii a norme che a loro volta rinviano ad altre norme, a intricati e tortuosi labirinti normativi e a complicati sistemi di scatole cinesi. Ne è seguito il collasso del principio di legalità e una regressione del nostro sistema penale all'incertezza e all'arbitrarietà che furono proprie del diritto giurisprudenziale premoderno»⁶². La prevedibile conseguenza di questo dissesto legisla-

⁵⁹ *Infra*, § 4.

⁶⁰ V. meglio *infra*, Sez. IV.

⁶¹ Emblematico, in questo senso, è il caso dell'omicidio stradale introdotto dalla legge 23 marzo 2016, n. 41, che contribuisce a frammentare l'unitarietà tipologica dell'omicidio colposo comminando pene talora superiori a quelle previste per l'omicidio preterintenzionale. Per tutti, v. A. MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, 2016.

⁶² Sono le efficaci, terribili parole di L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo e A. Sessa, Napoli, 2017, 140.

tivo è un diritto penale “massimo”, che si espande magmaticamente fuori da ogni disegno razionale e in sostanziale violazione di tutti i suoi classici principi garantistici⁶³.

Il quadro emergente dagli interventi normativi delle ultime due decadi «non è quello di un diritto penale classicamente e compattamente autoritario, da destra tradizionale, ma un quadro composito» in cui – a spezzoni crescenti – lo schema del diritto penale “del nemico” si affianca a quello “dell’amico”, in cui l’uso congiunturale dello *ius terribile* si presta, incontrastato, a fungere da risposta illusoria al sentimento dell’insicurezza trascurando la criminalità economica e quella di grosso calibro⁶⁴.

Entrambe le logiche “diseguali” sono presenti nella novella della legittima difesa realizzata dalla l. 13 febbraio 2006, n. 59, che ha esteso i margini operativi del diritto all’autotutela “nel privato domicilio” in termini assai ambigui. Dubbia è ancor oggi la portata interpretativa dell’attuale comma 2 dell’art. 52 c.p., che è prudentemente letto – dai più – come una precisazione ridondante di *tutti* gli elementi strutturali tradizionalmente propri della scriminante *de qua*, proporzione inclusa. Non è mancato però chi, più correttamente, ha ravvisato nella nuova legittima difesa di cui al capoverso dell’art. 52 una fattispecie del tutto estranea a *ratio* e contenuti della legittima difesa “classica”⁶⁵ e affine, invece, alla più autoritaria delle scriminanti previste dal codice Rocco: quella dell’uso legittimo delle armi⁶⁶. Emancipata dall’indispensabile relazione di proporzione tra condotta aggressiva e difensiva, la legittima difesa nel privato domicilio (concetto comprensivo della privata dimora e *di ogni altro luogo ove venga esercitata un’attività commerciale, professionale o imprenditoriale*) si presenta come una sorta di amplissima licenza di sparare, in difesa *anche* della proprietà. La nuova disciplina, in questi termini, si pone in contrasto irrimediabile sia con l’art. 2/2, lett. a), della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, sia con alcune disposizioni costituzionali. Collocando

⁶³ L. FERRAJOLI, *loc. ult. cit.*

⁶⁴ D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, cit., 746 e, più di recente, L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit., 141, secondo il quale il diritto penale si declina oggi su un “doppio binario” assai diverso da quello concepito dal codice Rocco: diritto penale minimo e inefficiente per i ricchi e i potenti, diritto penale massimo e inflessibile per i poveri e gli emarginati.

⁶⁵ E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi “sacrosante” e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2006, 431 ss.

⁶⁶ In questo senso v. specialmente A. GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (la riforma della legittima difesa ad opera della l. 59/2006)*, in *Studium Iuris*, 2006, 960 ss.

sullo stesso piano la difesa di beni personali e di quelli patrimoniali, soltanto perché si tratta di interessi messi in pericolo nella sfera domiciliare, la legittima difesa “allargata” contrasta con gli artt. 2 e 3 Cost.: ammettere l’uso indiscriminato di armi per tutelare un qualunque bene materiale significa legittimare *a priori* reazioni sproporzionate, come tali destinate ad innescare ulteriori spirali di violenza, giacché la probabile corsa al possesso di armi finisce con l’innalzare il livello di pericolosità della delinquenza, «consapevole dell’accresciuta aggressività delle potenziali vittime»⁶⁷.

Non paghi di quest’opinabile intervento legislativo, i parlamentari della scorsa legislatura hanno fatto approvare alla Camera un disegno di legge, il n. 3785/2017, che intendeva estendere il perimetro della legittima difesa domiciliare alle aggressioni commesse *in tempo di notte* ovvero realizzate *con danno alle persone o alle cose, o con minaccia o inganno*. Il disegno di legge, oltretutto, proponeva di modificare la disciplina generale delle cause di giustificazione interpolando il comma 4 dell’art. 59 c.p. e ampliando, in special modo, la rilevanza scusante dell’errore sulle scriminanti ai casi in cui l’errore sia «conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione posta in essere in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l’integrità fisica o per la libertà personale o sessuale» (elementi, questi, presenti anche nel più recente disegno di legge in materia)⁶⁸.

Al momento, fervono nuove preoccupanti iniziative parlamentari (ci riferiamo, tra le altre, alle proposte di legge nn. 274, 308 e 580/2018, ora confluite in un testo unificato adottato il 3 ottobre 2018 dalla Commissione Giustizia del Senato⁶⁹ e approvato dal Senato il successivo 24 ottobre), accompagnate da messaggi mediatici ingannevoli che stanno condizionando l’opinione pubblica⁷⁰. La scriminante della legittima difesa si sovrappone a un (inesistente) diritto di difesa, sganciato sia dal requisito cronologico della concomitanza tra aggressione

⁶⁷ E. DOLCINI, *loc. ult. cit.*

⁶⁸ Per un commento più ampio del d.d.l. in esame, fortunatamente arenatosi in Senato, v. T. TRINCHERA, *Approvata dalla Camera una proposta di riforma in materia di legittima difesa*, in *penalecontemporaneo.it* del 5 maggio 2017.

⁶⁹ Il testo del disegno di legge è consultabile su *penalecontemporaneo.it* del 22 ottobre 2018, assieme a una nota di G.L. GATTA, *Sulla legittima difesa “domiciliare”: una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolò) e una riforma affrettata all’esame del Parlamento*.

⁷⁰ Si veda, a riguardo, il preoccupato Comunicato del Consiglio direttivo dell’Associazione nazionale Professori di diritto penale, in *Dir. pen. cont.* del 24 luglio 2018.

e reazione, sia soprattutto da quello della proporzione: viene infatti introdotta una discutibile presunzione di legittimità della difesa nel privato domicilio «per respingere un'intrusione posta in essere con violenza o minaccia di uso di armi o di altro mezzo di coazione fisica, da parte di una o più persone». *Perseverare diabolicum?*

Anche la disciplina penale della recidiva e della prescrizione dei reati, come ritoccata dalla legge *ex Cirielli* del 5 dicembre 2005, n. 251, coniuga in sé tutte le *nuances* negative di una connotazione *ad personam* (*in malam e in bonam partem*) delle norme incriminatrici. Il nemico/recidivo (che è solo chi commette un delitto *non colposo* dopo essere stato condannato in via definitiva per altro delitto *non colposo*) va incontro a pesanti aumenti di pena, oltre che a esclusioni e a restrizioni nell'accesso ai benefici penitenziari⁷¹. Più che mai, in un quadro del genere, stride il contrasto tra una normativa così severa e l'enorme potere discrezionale del giudice (rimasto invariato), cui *unicamente* è rimessa l'applicazione della recidiva⁷². Per contro, la riforma della prescrizione si contraddistingueva per il drastico abbassamento dei tempi necessari alla sua maturazione in rapporto a moltissimi delitti di gravità indiscussa, e per il possibile abbassamento conseguente all'esclusione della rilevanza delle aggravanti ad efficacia comune. L'interruzione della prescrizione è invece qualificata da marcate diversificazioni *per categorie soggettive* del termine massimo, che trovano il loro culmine nei casi di recidiva qualificata: un'altra riforma penale "diseguale", fondata sul presupposto che il decorso del tempo ... non sia uguale per tutti⁷³!

⁷¹A. MELCHIONDA, *La nuova applicazione della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 175 ss. Cfr., in proposito, le dure parole critiche di D. PULITANÒ, *La cultura del controllo. Uno sguardo sulla storia recente del diritto penale italiano*, in AA.VV., *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, cit., 109: «da un lato, una sterzata verso un diritto penale d'autore, centrato sulla (presunta) pericolosità dei recidivi, con valenza simbolica di assicurazione e valenza pratica (forse) di aumento della carcerizzazione dei già sommersi; dall'altro lato (soprattutto nella proiezione retroattiva in conformità a classici principi garantisti) l'organizzazione legale dell'impunità per i già salvati, che continueranno ad essere salvati: ... in un'analisi delle linee di tendenza interessa cogliere il segno di una rottura "di sistema" nell'uguaglianza di fronte alla legge, in cui il paradigma amico-nemico trova espressione e contenuti concreti».

⁷²D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, cit., 748: «dietro la facciata del rigore, restano le ambiguità di un sistema sanzionatorio che, a partire dalla novella del 1974, ha affidato alla magistratura, con effetti di sovraesposizione *politica*, la gestione paternalistica delle mitigazioni (che si sanno essere necessarie) della proclamata severità».

⁷³D. PULITANÒ, *loc. ult. cit.*: «nell'insieme, la legge *ex Cirielli* è la novella di maggiore impatto sul sistema, toccando istituti (la recidiva, la prescrizione) appa-

Le novelle che hanno interessato, in vario modo, la parte speciale ci riportano per lo più alla logica del diritto penale “del nemico”, focalizzandosi su tipi d'autore (sospetti pedofili⁷⁴, usurai, mafiosi, sospetti terroristi⁷⁵) che vengono trattati all'insegna del rigore più assoluto sul piano del trattamento sanzionatorio a fronte di una severità punitiva “discendente” sul diverso versante del diritto penale dei colletti bianchi.

Il territorio in cui l'intervento penale si è rivelato più “compulsivo” è stato senz'altro quello degli stupefacenti.

La riforma operata dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 non aveva alterato il paradigma “proibizionista”, incentrato su sanzioni punitive assai elevate, già proprio del legislatore italiano sin dal 1975. Tuttavia tale modello, dopo la consultazione referendaria del 1993, era stato temperato dalla distinzione tra *consumo*, da un lato, e *produzione-traffico*, dall'altro, e dalla correlata differenziazione tra i “tipi criminologici” del produttore-spacciatore e del consumatore-tossicodipendente⁷⁶, mentre nel 2005 è nata la figura ibrida del detentore di sostanze stupefacenti per “uso *non esclusivamente personale*” che assimila con disinvoltura, sul piano del disvalore, condotte profondamente diverse tra loro⁷⁷. Il requisito della “destinazione ad uso non esclusiva-

rentemente periferici, ma di grande rilievo pratico nella giustizia penale quotidiana. Con la sua mistura di rigore teoricamente fortissimo verso i recidivi, e di predominante lassismo nella disciplina della prescrizione, la nuova legge finisce per essere, ad un tempo, *ad personas* e *contra personas*». In senso assai critico verso l'irrazionalità dell'attuale fisionomia dell'istituto v., più di recente, R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1695 ss.

⁷⁴ Si pensi all'introduzione dell'art. 600 *quater* 1 c.p., che incrimina e punisce il commercio e la mera detenzione di materiale pornografico *virtuale*, nell'ambito di un graduale processo di *rieticizzazione* del diritto penale: cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 549.

⁷⁵ Cfr. il d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155, emanato dopo gli attentati terroristici di Londra del luglio 2005 rivendicati dall'associazione terroristica *Al Qaeda*.

⁷⁶ S. RIONDATO, *Introduzione alla disciplina degli stupefacenti*, in ID. (a cura di), *Commento pratico sistematico al Testo Unico sugli stupefacenti*, Padova, 2006, 4.

⁷⁷ Sulla questione, v. per tutti le considerazioni critiche di C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge “stupefacente” in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 237 ss. La destinazione “ad uso non esclusivamente personale” sembra oggi annettere all'area di rilevanza penale anche l'“uso di gruppo”, ribaltando così un consolidato orientamento giurisprudenziale che aveva ascrivito all'ambito del diritto punitivo amministrativo sia l'uso collettivo di sostanze stupefacenti, sia il c.d. “mandato ad acquistare” da parte del gruppo ad uno degli appartenenti proprio in vista del consumo collettivo.