



1506  
UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI URBINO  
CARLO BO

UUP  
URBINO  
UNIVERSITY  
PRESS

# DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di  
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

[uup.uniurb.it](http://uup.uniurb.it)







**INCONTRI  
E PERCORSI**

---

**N.04**

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

### **Volumi pubblicati**

**01.**

*Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino* (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

**02.**

*Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica*, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

**03.**

*Il sacro e la città*, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024



1506  
UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI URBINO  
CARLO BO

UUP  
URBINO  
UNIVERSITY  
PRESS

# DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di  
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

## **DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI**

a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

*Progetto grafico*

Mattia Gabellini

*Referente UUP*

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2

PDF ISBN 978-88-31205-52-8

EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:

<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: [uup@uniurb.it](mailto:uup@uniurb.it)

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

# SOMMARIO

SAPERE DI SAPERE	11
Alessandro Bondi	

## **PARTE I: RELAZIONI**

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI <i>COMMON LAW</i>	31
George P. Fletcher	

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE	37
Luís Greco	

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI	49
Sergio Moccia	

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI?	63
Tullio Padovani	

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA	73
Francesco Palazzo	

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA	83
Lorenzo Picotti	

## **PARTE II: INTERVENTI**

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE	97
Antonio Cavaliere	

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA	119
Fabio Coppola	

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE	131
Stefano Fiore	

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE	137
Gabriele Fornasari	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE	151
Alessio Infantino	
TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA	183
Elena Mattevi	
L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI	193
Antonia Menghini	
TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA	205
Rosa Palavera	
<b>PARTE III: CONTRIBUTI</b>	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandrone	
IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE <i>CHANCES</i> DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI	265
Luciano Eusebi	
«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE	275
Adelmo Manna	
INUTILITER DATO	305
Vincenzo Bruno Muscatiello	
LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI	355
Beatrice Panattoni	
I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE	381
Filomena Pisconti	
IL CONCETTO <i>ONNIVORO</i> DI SICUREZZA	393
Gianluca Ruggiero	

# IL CONCETTO ONNIVORO DI SICUREZZA

*Dal penale al limite al penale oltre ogni limite*

Gianluca Ruggiero

Dottore in diritto penale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

La sicurezza è *ratio essendi* dello Stato moderno. Presidia l'*ordinato, pacifico e tranquillo andamento della vita sociale*. Negli ultimi decenni è diventata: un bene rifugio di tipo emotivo; un interesse mediatico; una concettualizzazione sociologica; un'icona populista; un oggetto di tutela penale. Si è creato così un modello punitivo finalizzato alla messa in sicurezza, non solo di beni giuridici, ma anche di segmenti del vivere civile come i fenomeni migratori, la marginalità sociale, le aree tecnologiche. In questo modo viene riproposto il tema della difficile convivenza tra sicurezza e libertà, che ondeggia tra un modello securitario *antropocentrico* a tutela dei diritti, ed uno *statocentrico*, vincolato alla sovranità statale e al concetto feudale di potere legittimato dalla *proprietas terrae* che rende i corpi accessori alla terra, con la sicurezza declinata come ordine pubblico.

L'analisi storica permette di ricostruire la sua definizione polivalente: dalla sicurezza contro gli *oziosi* e *vagabondi* dello Stato liberale allo Stato sociale che invece, ha generato un sistema a "fisarmonica" tra il *diritto penale minimo* legato all'*extrema ratio*, con i diritti sociali delegati a recuperare le sacche di marginalità, e l'estensione del diritto punitivo per mettere in sicurezza le funzioni propulsive del *Welfare State*.

Indebolitosi lo Stato sociale, il millennio si apre con la prevalenza della declinazione punitiva della sicurezza: si assiste al passaggio dalla *sicurezza penale al penale della sicurezza*. Nel concetto bidimensionale, sulla dimensione oggettiva di pericolo reale, prevale la componente soggettiva, la sicurezza percepita, il *sentirsi sicuro*.

## 1. IL CONCETTO ONNIVORO DI SICUREZZA

La sicurezza, da oggetto di tutela marginale e scopo generale dell'universo punitivo, è diventata strumento di anticipazione della punibilità e

punto archimedeo di un sistema autonomo in tensione con i principi costituzionali e penali dello Stato democratico. Divenuto sostanza delle *politiche del disgusto* e dell'*indegnità*<sup>1</sup>, il penale securitario si espande *maggiormente* fuori da ogni disegno razionale, manifestando la regressione del sistema attraverso un processo espansivo (ed involutivo) dell'area punitiva, che favorirebbe un uso strumentale, simbolico e pletorico del diritto penale<sup>2</sup>, da cui derivano illeciti connotati di inoffensività<sup>3</sup> e di difficile accertabilità e verificabilità processuale<sup>4</sup>.

La sicurezza è un termine onnipresente nell'esperienza contemporanea. È un concetto *liquido, indeterminato, onnivoro*<sup>5</sup>, che sfalda gli assi portanti del penale di matrice illuministica e liberale, ma anche personalistica e solidaristica, creando un modello punitivo di difesa della percezione, che va oltre la tutela di una sicurezza oggettiva o oggettivabile. Il diritto punitivo tarato sull'allarme sociale, spinto dal populismo, converge nel penale dell'odio, dell'intolleranza, dell'etica, criminalizzando le persone e non i fatti, trasformando emergenze sociali e umanitarie in emergenze criminali<sup>6</sup>. In altri termini, da oggetto della tutela penale, la sicurezza si trasforma in un concetto metagiuridico, una categoria altamente politicizzata e ideologizzata<sup>7</sup>, non più *giuridicizzabile*<sup>8</sup>. La finalità è precisa: escludere e discriminare segmenti del corpo sociale ritenuti marginali, in netta opposizione ai contenuti liberali, democratici e solidaristici della *sicurezza sociale* e della *sicurezza dei diritti*<sup>9</sup>, in sintonia con un paradigma identitario ed esclusivista della Costituzione nella visione prospettata da Carl Schmitt.

1 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza 2012, 200.

2 L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* Giappichelli 2019, 10. A. Baratta, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in «SM di Giovanni Tarello», vol. II, Giuffrè 1990, 19.

3 F. Bricola, *Teoria generale del reato* (voce), in «NssDI», XIV, Utet 1973, 82.

4 Si veda, ad esempio, l'introduzione del reato di maternità surrogata. Per un approfondimento: G. Losappio, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in «Sist. pen.» 2023.

5 G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. Riscato, E. La Rosa (a cura di) *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali*, Giappichelli 2009, 20.

6 L. Ferrajoli, *La criminalizzazione degli immigranti (note a margine della legge n. 94/2009)*, in «Quest. giust.» 2009, 5. L. Riscato, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del «decreto sicurezza»*, in «DPP» 2019, 16.

7 I. Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Bompiani 1970, 18.

8 C. E. Paliero, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezza? Prove libere di psicopolitica criminale*, in M. Donini, M. Pavarini (a cura di) *Sicurezza e diritto penale*, Il Mulino 2011, 308.

9 M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in «CP» 2006, 910.

La sicurezza è *ratio essendi* dello Stato moderno<sup>10</sup>, diritto fondamentale e interesse sociale di sistema<sup>11</sup>. Presidia l'*ordinato*<sup>12</sup>, *pacifico e tranquillo* andamento della vita sociale. Negli ultimi decenni è diventata: un *bene rifugio* di tipo emotivo, artificiale ed immaginifico, utilizzato dal potere politico come interesse-*antidoto* alla paura e all'insicurezza sociale<sup>13</sup>; un *interesse mediatico*<sup>14</sup> relativo alla narrativa ansiogena ed allarmista della realtà; una *concettualizzazione sociologica* che assume centralità *politica* in quanto leva elettorale; un'*icona populista e sovranista* che vede nel diritto punitivo un *instrumentum regni*; un *interesse tecnocratico e burocratico*, legato a funzioni amministrative e di controllo; un *valore etico* che individua i nemici dell'etica pubblica<sup>15</sup> e che affida alla pena il compito di ripristinare l'ordine morale violato<sup>16</sup>; un *oggetto* di tutela penale, o meglio, un "ripostiglio di concetti"<sup>17</sup>; un "diritto"<sup>18</sup>.

In questo modo, si è creato un modello punitivo finalizzato alla messa in sicurezza, non solo di diritti e beni giuridici, ma anche di processi economici e segmenti del vivere civile come i fenomeni migratori, la marginalità sociale, la gestione di enti, le aree tecnologiche<sup>19</sup>. Si ripropone, così, il tema della difficile convivenza tra sicurezza e libertà, che ondeggia tra un polo garantista e uno potestativo-sovranista di limitazione dei diritti

10 N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Feltrinelli 1965, 81. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza 2008, 13.

11 A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?* in M. Palma, S. Anastasia (a cura di) *La bilancia e la misura*, Franco Angeli 2001, 21. W. Hassner, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 59.

12 G. De Vero, *Sicurezza pubblica nel diritto penale* (voce), in «DDP» XIII, Utet 1997, 286.

13 F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, ESI 2020, 387.

14 M. Donini, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 16.

15 T. Padovani, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in «AP» 2018, 1.

16 M. Sbricoli, *Nox quia nocet. I giuristi, l'ordine e la normalizzazione dell'immaginario*, in M. Sbricoli, *La notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna*, Ponte delle grazie 1991, 9.

17 G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli 2014, 92.

18 M. Pelissero, *Il superamento delle sanzioni punitive e delle misure di prevenzione personali nel nuovo pacchetto sicurezza*, in «Studium iuris» 2017, 1100. Per l'A., la sicurezza da condizione necessaria per l'esercizio dei diritti è assurda essa stessa a diritto, diventando strumento di espansione del controllo penale e di limitazione dei diritti individuali.

19 D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli 2018, 11.

e delle libertà<sup>20</sup>: tra un modello securitario antropocentrico<sup>21</sup>, che indirizza l'intervento punitivo a tutela dei diritti, e un modello stato-centrico<sup>22</sup>, vincolato alla sovranità statale e al concetto feudale di potere legittimato dalla *proprietas terrae* che rende i corpi accessori alla terra, con la sicurezza declinata come mero ordine pubblico<sup>23</sup>.

All'indomani del Secondo dopoguerra la sicurezza era una concettualizzazione contenibile sul piano punitivo, in quanto la sua tutela era subordinata alla libertà e all'uguaglianza dei diritti: la *securitas* era gerarchizzabile all'interno dei parametri costituzionali e iscrivibile nello stato punitivo del pericolo. Al contrario, oggi, il *penale della paura* mira ad una *sicurezza assoluta e radicale* che tende ad accreditare l'idea che tutti i diritti fondamentali vadano rivisitati, anche con revisioni costituzionali<sup>24</sup>, in funzione del superiore interesse alla sicurezza. Sicché si produce, da una parte, l'impraticabilità dell'individuazione e determinazione dell'oggetto della tutela penale (il diritto? l'interesse alla sicurezza?), dall'altra, la preclusione di qualsiasi prospettiva di bilanciamento tra diritti, interessi e beni<sup>25</sup>. Il risultato: un *monismo securitario* che ridimensiona le libertà individuali, attratte da un unico interesse superindividuale, quindi la sommatoria di tutto ciò che la convenzione sociale normativa ritiene meritevole di tutela. In altri termini, non ci si muove più all'interno del perimetro di

20 N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, in *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Morano 1965, 11. P. Costa, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del "sacro"* in S. Canestrari, L. Stortoni (a cura di) *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bononia university press 2009, 115. F. Mantovani, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in «RIDPP» 2010, 1003. P.P. Portinaro, *Stato*, Il Mulino 1999, 52. C. PRITTWZ, *La concorrenza diseguale fra sicurezza e libertà*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 106.

21 N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi 1984, 149.

22 C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?* in «RIDPP» 1994, 1220. C. Roxin, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in «RIDPP» 2000, 3. G. Marinucci, *Il diritto penale messo in discussione*, in «RIDPP» 2022, 1040.

23 M. Pelissero, *Il superamento delle sanzioni punitive*, cit., 82. La sicurezza fa propri e potenzia i difetti del già problematico concetto di ordine pubblico.

24 M. Gallo, *Diritto penale: primi passi del governo destra-centro*, in «RIDPP» 2022, 1417. L' A. sottopone a forte critica le proposte di modifica dell'art. 27 Cost. al fine di garantire il mantenimento dell'istituto dell'ergastolo ostativo e del carcere duro: «Alzo il tono e mi consento un registro che non mi è solito, ma l'argomento infiamma: un diritto penale la cui regola-base sia che l'uomo non è fatto per la legge, ma le legge per l'uomo».

25 A. Cavaliere, *Un tentativo di visione d'insieme degli orientamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, in A. Cavaliere, V. Masarone (a cura di) *L'incidenza di Decisioni quadro, Direttive e Convenzioni Europee sul diritto penale italiano*, ESI 2018, 44.

un *penale al limite*<sup>26</sup>, ancorato al sistema delle garanzie negative<sup>27</sup>, bensì sul terreno del *penale oltre ogni limite*. La sicurezza postmoderna, divenuta interesse *onnivoro* e *totalizzante*, va a strutturare un penale *oltre ogni limite*, che rende punibili i *sentimenti di minaccia sociale*, paura e allarme, ciò che desta *insicurezza*. La tutela si risolve, dunque, nella difesa della *percezione di sicurezza*. I consociati andrebbero garantiti dai turbamenti di una sicurezza personale che assume contorni ontologici-esistenziali: al bene giuridico (oggettivo o oggettivabile) si sostituisce lo stato d'animo, un interesse indefinito che non può essere paragonato ad un interesse *soggettivo* e nemmeno ad uno *diffuso*, per la mancanza (anche solo potenziale) di un fattore individualizzante in grado di rendere concreta la relativa offesa; è, invece, un generico e vago indirizzo di politica criminale tendente alla rassicurazione sociale: il ricorso, quindi, al diritto punitivo nella sua funzione *promozionale*, non nuova, ma sempre suggestiva. In questi termini, la pena appare solo superficialmente come strumento per trattare i reati, ma ha molti altri effetti: lo Stato, pur nei fatti impotente, si mostra garante della sicurezza, tramite il potere legislativo e giudiziario, la pena come strategia di *rassicurazione*<sup>28</sup>; in tal senso, il diritto "garantisce" certezze alle aspettative, consentendo di mantenerle anche quando vengono deluse<sup>29</sup>.

Il passaggio dalla *razionalità* penale alla *passione punitiva*<sup>30</sup>, rende l'interesse alla sicurezza un grimaldello per l' "illimitata" anticipazione della soglia di punibilità, un *bene di consumo* ricordato ad una politica criminale spettacolarizzata che, al pari della politica *latu senso*, opera scelte fondate sull'opinione che segue le esigenze di *audience*<sup>31</sup>: viene sdogata la punibilità dell'intenzione e la criminalizzazione di pericolosità caratteriologiche e personologiche, in quanto turbative di un senso di sicurezza

26 M. Pelissero, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in «Quest. giust.» 2016, 99.

27 L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale scientifica 2014, 209.

28 D. Brunelli, *Il disastro populistico*, in «Criminalia» 2014, 263.

29 R. De Giorgi, *Temi di filosofia del diritto*, Pensa multimedia 2006, 61.

30 D. Pulitanò, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in «Dir. pen. cont.» 2016, 3.

31 A. Manna, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in «AP» 2016, 7. F. Sgubbi, *Presentazione*, in G. Insolera (a cura di) *La legislazione penale compulsiva*, Cedam 2006, XI. C.E. Paliero, *L'Agora e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?* in «Criminalia» 2012, 109. M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 805.

*identitario*. In questi termini, il diritto punitivo rappresenterebbe una parte del più ampio progetto della c.d. *biopolitica*, intesa da Foucault<sup>32</sup> come la modalità di governo attraverso la sicurezza: liberare dalla paura e dal bisogno, all'insegna dei principi di prevenzione e precauzione; nel passaggio dalla società *disciplinare* alla società *della sicurezza*, il controllo cesserebbe di essere organizzato in modo gerarchico e verticale, per assumere connotati anonimi e orizzontali; se la società *disciplinare* aveva come "luogo della sicurezza"<sup>33</sup> il corpo individuale, la società della sicurezza vede nella popolazione l'area di esercizio della sicurezza pubblica che mira a *regolare* i comportamenti, sanzionando quelli ritenuti devianti.

Quando la *paura* diviene il criterio per selezionare forme di responsabilità penali non vi sono più limiti e garanzie alla prevenzione, si approda, persino, all'ampliamento dell'area della punibilità del dissenso ideologico e politico<sup>34</sup>. Ma, non solo: la politica, intercettata la domanda di sicurezza proveniente da specifici bacini elettorali<sup>35</sup>, genera vere e proprie *pene elettorali* promesse durante le competizioni<sup>36</sup> per fronteggiare le "emergenze".

La cultura dell'emergenza è responsabile dell'involuzione dell'ordinamento, che si è espressa in una riedizione di vecchi schemi della tradizione penale premoderna<sup>37</sup>. Alcuni aspetti della divaricazione, rispetto al modello di legalità della Costituzione negli anni '70 e '80, si sono consolidati in norme, prassi e culture entrate a far parte della politica criminale ordinaria<sup>38</sup>. L'alterazione della fonte di legittimazione della politica penale è determinata dall'assunzione dell'emergenza come giustificazione politica della rottura delle regole del gioco<sup>39</sup>. È l'idea del primato della *ragion di Stato* sulla *ragione giuridica*, come criterio informatore e principio normati-

32 M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Feltrinelli 2005.

33 G. Clavel, *La gouvernance de l'insécurité*, L'Harmattan 2014.

34 L. Risicato, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive sicurtarie e paternalistiche*, in «SO di Mario Romano», ESI 2011, 525.

35 A. Gamberini, *Pene elettorali. Appunti sui programmi delle principali forze politiche all'appuntamento del 13 aprile 2008. Prima e dopo*, in «Ius 17» 2008, 389.

36 G. Insolera, *Sicurezza e ordine pubblico*, cit., 200.

37 F. Bricola, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Scritti di diritto penale*, vol. II, Giuffrè 1997, 281.

38 M.L. Lanzillo, *Lo stato della sicurezza: costituzione e trasformazione di un concetto politico*, in «Ragion pratica» 2018, 11.

39 F. Bricola, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in «Quest. crim.» 1975, 221. ID, *Per una politica criminale del movimento operaio*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, 1019.

vo di legittimazione dell'intervento punitivo: non più giuridico, ma politico; non più subordinato alle garanzie della legge, ma sovraordinato. Per Hobbes, solo la guerra legittima la rottura delle regole. In uno Stato democratico la guerra non è una qualunque minaccia alla sicurezza, ma il pericolo altrimenti non fronteggiabile per la sopravvivenza dello Stato. La democrazia si caratterizza per la rigidità normativa dei mezzi di repressione o di tutela della devianza: in guerra non c'è il diritto, ma il mero esercizio della forza. La *ragione giuridica* in democrazia non conosce amici o nemici, ma solo colpevoli o innocenti: l'eccezione è fatto *extra-* o *anti-* giuridico<sup>40</sup>.

Per il potere politico, la legislazione d'emergenza contro la criminalità spesso è indifferente alla Carta<sup>41</sup>. Questo atteggiamento ha reso più difficile il ritorno alla legalità dopo i c.d. *anni di piombo* e lo *stragismo mafioso*, con conseguente smarrimento della differenza tra eccezione e normalità, tra mafia e dissenso politico. Ne è risultato non la rottura dei principi costituzionali penali, ma il superamento del loro valore, resi flessibili e accantonabili, non più principi. È il guasto della legislazione d'emergenza: i mezzi eccezionali, come le misure di prevenzione *ante delictum* e l'abnorme utilizzo dei decreti-legge, che si sono radicati nella prassi e nei normali processi, generando un'incultura informata alla sicurezza. Paradigmatico è l'attuale *approccio forte* che si vorrebbe contro i c.d. *ecovandali*<sup>42</sup>, da sottoporre a sorveglianza speciale: è la guerra al dissenso (radicale) inteso come pericolosità. In questi termini, è la difesa sociale la funzione manifesta dell'intervento penale, che incide sulla scelta della tipologia di sanzioni. La neutralizzazione del soggetto pericoloso per garantire la massima sicurezza deve avvenire il prima possibile, al primo sospetto. È il *revival* delle misure di polizia e dei provvedimenti contingibili e urgenti dei sindaci, orientati ad una prevenzione esasperatamente anticipata, formalmente amministrativa, nei fatti penale: esemplare l'introduzione con il c.d. *decreto Caivano* del daspo per i minori quattordicenni, misura amministrativa di chiara fattura penale, che non considera le esigenze dei minori, soprattutto di quelli deprivati dei diritti in alcune zone del Paese<sup>43</sup>.

40 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 818.

41 F. Bricola, *Crisi del welfare e sistema punitivo*, in «*Pol. crim. e sc. dir. pen.*» 1997, 177.

42 Si leggano in tal senso la proposta di legge, n. 364 del 11.7.23 presentata al Senato, di modifica dell'art. 518 *duodecies* c.p., con la previsione dell'arresto in flagranza.

43 D.l. 15 settembre 2023, conv. con modif. in l. 13 novembre 2023, n. 159. Cfr. S. Bernardi, *Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista*, in «*Sist. pen.*» 15.11.23.

Allo stesso tempo si inaspriscono le pene. Ad esempio, con il c.d. *decreto sicurezza bis*, d.l. n. 53 del 2019, attraverso la modifica dell'art. 635 c.p., il danneggiamento c.d. *qualificato* di beni mobili o immobili in occasione di una manifestazione pubblica, non prevede che la condotta si concretizzi con minaccia o violenza alle persone ed è punibile con la reclusione da uno a cinque anni: una pena superiore a quella prevista per i reati di truffa, furto e lesioni personali, in palese violazione con il principio di proporzionalità *ordinale* e *cardinale*, ormai consolidato dalla Consulta, per valutare la proporzionalità dell'editto sanzionatorio di una fattispecie rispetto ad un'altra, ma anche rispetto al disvalore della condotta tipizzata dallo stesso reato. Alla fattispecie astratta potrebbero essere facilmente ricondotte le azioni di "imbrattamento" di monumenti e edifici da parte degli ambientalisti in occasione di proteste volte a scuotere la coscienza dei cittadini e delle istituzioni sul tema del cambiamento climatico. O, ancora, nel *decreto Caivano*, si è intervenuti sullo spaccio di lieve entità, innalzando la cornice edittale da sei mesi a quattro anni, e da uno a cinque, non considerando la sentenza 40 del 2019 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, co. 1. T.U. stup., imperniata sullo iato esistente tra il massimo edittale previsto per l'ipotesi delittuosa del traffico di lieve entità e il minimo previsto per la fattispecie ordinaria. Sottolinea la Corte, allorché «*le pene combinate appaiono manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato, si profila un contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. giacché una pena non proporzionata alla gravità del fatto si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa*».

La giurisprudenza costituzionale ha dato per assodata la possibilità di colpire il dissenso con il diritto penale, se si concretizza in reati, ma non con la prevenzione<sup>44</sup>. Al contrario, oggi si tende a dare per scontato che la contestazione si giustifichi solo nelle dittature, mentre sarebbe non tollerabile (al limite con l'antigiuridicità) in democrazia. Ma il discrimine tra dittatura e democrazia viene ridefinito ogni giorno, anche alla luce della giurisprudenza europea, come nella *democrazia* ungherese: un sistema che preventivamente espelle la contestazione si trasforma in una *democrazia degenerata*. Inoltre, la rincorsa al *moloch* securitario, conduce ad una torsione monocratica del potere politico di cui l'utilizzo abnorme dei de-

44 V. Gaeta, *Misure di prevenzione contro il dissenso: no grazie*, in *Giustizia insieme*, marzo 2023, 2. F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in «*Criminologia*» 2018, 12.

creti-legge ne è sintomo: si interviene a ridosso immediato dei fatti, talvolta, persino nei luoghi in cui essi sono compiuti; si interviene sotto dettatura delle vittime, delle comunità ferite, raccogliendo la corrente emotiva con soluzioni di bassa fattura; si interviene introducendo nuove forme di reato, aumentando le pene in modo da rendere quanto più estesa la carcerazione preventiva, riducendo il campo della non imputabilità.

L'introduzione dell'art. 434 bis<sup>45</sup> c.p., attraverso il c.d. "decreto anti-rave", definito "un caso di analfabetismo legislativo"<sup>46</sup>, pone il problema di *quando* e come *ricorrere* alla decretazione d'urgenza. Il decreto è stato reputato urgente perché c'era in vista una riunione, potenzialmente pericolosa per la violazione delle regole di condotta, relative a beni-interessi ritenuti degni di massima protezione. Forse, sarebbe stato sufficiente, in un'ottica costituzionale di *sussidiarietà* del diritto punitivo, un mero provvedimento di polizia. Tuttavia, l'esecutivo ha ritenuto opportuno emanare un atto esemplare esteso a tutto il territorio nazionale, con un futuro a cui non sono posti limiti. L'urgenza, quindi, era ravvisabile; per la necessità invece, se consideriamo che nel medesimo decreto si risponde all'*invito* della Corte costituzionale di intervenire in materia di ergastolo ostativo, è evidente l'*arbitraria invasione* dell'esecutivo di sconfinare da una funzione ad un'altra<sup>47</sup>: invadere il campo del potere legislativo e produrre statuzioni con l'apparenza legislativa, ma che nascondono un provvedimento di polizia, quindi un atto amministrativo.

Definita la sicurezza come libertà da "minacce alla sopravvivenza", con una torsione linguistica, quindi "minaccia grave all'incolumità, alla sopravvivenza" di qualcuno o qualcosa, si sposta un determinato fenomeno dal registro della politica ordinaria a quello dell'emergenza, che consente decisioni che si legittimano sulla base della necessità urgente di rispondere alla gravità delle minacce e che si sottraggono all'ordinaria dinamica politica. Il ricorso alla *securitizzazione* sposta, in modo significativo, il potere nelle mani dell'esecutivo, a scapito del dibattito e delle decisioni parlamentari: bisogna intervenire con celerità, senza indugio. Ma non solo: sul piano delle fonti del diritto, il trasferimento dei poteri all'esecutivo tende all'amministrativizzazione dell'intervento penale. Paradigmatica è la detenzione amministrativa dei migranti. Una forma "bagatellizzata" della privazione

45 Rubricato "Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica".

46 T. Padovani, *La norma anti-rave? Un caso di analfabetismo legislativo*, in «Il Foglio» 1.11.22.

47 M. Gallo, *Primi passi del governo di destra-centro*, cit., 1416.

della libertà personale, sottratta alle garanzie del procedimento penale, una *de-giurisdizionalizzazione*<sup>48</sup> dell'applicazione della "pena". O, ancora, l'inquietante trattenimento dei migranti a bordo di navi nei porti italiani nella stagione 2018-2019: nell'ottica liberticida della sicurezza, si prevede la giustificazione di un sequestro di persona, dato dal generico riferimento alla prevalenza all'interesse della sicurezza nazionale (una sorta di legittima difesa di Stato dai presupposti indeterminati) tale da scriminare la lesione da parte dello Stato di beni primari della persona<sup>49</sup>.

Il crepuscolo di una democrazia ha riflessi in ogni manifestazione del controllo sociale, nel rifiorire di penale e non penale<sup>50</sup>.

## 2. DALLA SICUREZZA PENALE AL PENALE DELLA SICUREZZA

La *securitas* si sviluppa come interesse penale nel XIV sec., quando, strutturandosi su caratteri etico-religiosi, assumeva una funzione disciplinare, sanzionatoria, conservativa: nasceva l'Inquisizione, l'intrusione della giustizia nelle coscienze individuali, il diritto penale dell'obbedienza<sup>51</sup>.

Dopo il processo di laicizzazione e secolarizzazione con giusnaturalismo e illuminismo, si ritorna, con il fallimento dell'ondata rivoluzionaria, al recupero della sicurezza potestativa, alla costruzione del vallo difensivo tra il potere e chi lo minaccia (gli anarchici, i *sans aveu*, i proletari, i socialisti). L'*homo oeconomicus* avvertiva la necessità di tutelare i propri interessi contro le classi marginali, avvalendosi della nascente Amministrazione della Pubblica Sicurezza e della Stampa, veicolo di cultura e paura: diventarono oggetto di cronaca i delitti contro la proprietà<sup>52</sup>, così la tolleranza si trasformava in timore che reclama il controllo dei poveri. L'in-

48 F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in «Quest. giust.» 2006, 678: «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». Per l'A., tale "processo" è frutto della criminalizzazione di uno status.

49 A. Cavaliere, *Punire per ottenere sicurezza: corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in «LP» 20.4.21, 20.

50 G. Balbi, *Le misure di prevenzione personali*, in «RIDPP» 2017, 509. F. Bricola, *Ordine e democrazia nella crisi*, in *Referendum, ordine pubblico, Costituzione*, Bompiani 1978, 23.

51 F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., 126.

52 G. Campesi, *Genealogia della pubblica sicurezza: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco*, Ombre corte 2009, 189.

digente è considerato un potenziale aggressore: il suo *modus vivendi* (la “scioperatezza” nel Codice penale albertino del 1839) lede i capisaldi della società borghese: lavoro, ricchezza, proprietà<sup>53</sup>.

Si giunge, infine, agli inizi del '900, quando le matrici ideologiche illuministiche verranno stravolte. La Scuola Positiva eroderà il formalismo e la materialità penale. La Scuola di Kiel mirerà ad una destrutturazione del vecchio *ius puniendi*, attraverso un sistema penale rinnovato nei presupposti metodologici e nelle finalità: non più mettere *in sicurezza* la società dalla criminalità, ma rifondare la società nei suoi costumi etici: il Codice penale nazista non abrogherà, infatti, il principio di legalità formale, ma aggiungerà al brocardo latino la volontà del Führer, disegnando un diritto penale del nemico a garanzia della “razza tedesca” e del regime<sup>54</sup>.

I brevissimi cenni storici consentono di ripercorrere il *fil rouge* della definizione di sicurezza, tra prospettive antropocentriche e stato-centriche, tra contrapposizione ed equilibri, proprio come accade nel Secondo Dopoguerra italiano, quando, lo Stato sociale, attraverso l'uguaglianza sociale e il principio di solidarietà, genera un sistema che oscilla con movimenti pendolari. Da una parte, il *diritto penale minimo* idealmente vincolato al canone della *extrema ratio*: il compito di garantire l'*ordinato, pacifico e tranquillo* andamento della vita sociale era delegato ai diritti sociali, che in funzione preventiva recuperavano sacche di marginalità, garantendo sicurezza collettiva, omogeneizzazione del tessuto sociale e redistribuzione dei diritti e dei beni<sup>55</sup>. Dall'altra, il diritto punitivo si estendeva, chiamato a mettere in sicurezza le funzioni interventistico-propulsive del *Welfare State*<sup>56</sup>: creata la responsabilità securitaria di tipo solidaristico-promozionale, ad esempio, la responsabilità per colpa e a titolo omissivo<sup>57</sup> vedono ampliare il loro ambito di applicazione a garanzia dei diritti fondamentali come la vita e la salute. Si assiste al passaggio dal “pericolo nel diritto penale” al “diritto penale del pericolo”, che trova ancoraggio nei limiti posti alle libertà economiche dall'art. 41, co. 2, Cost. In tal senso, la Costituzione

53 P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. Da Hobbes a Bentham*, vol. I, Giuffrè 1974, 358.

54 G. Bettiol, *Diritto penale*, Cedam 1973, 186.

55 S. Moccia, *Il diritto penale fra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI 1992, 39.

56 A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Cedam 1988, 385. C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam 1975, 49.

57 G. Fiandaca, *Reati omissivi e responsabilità per omissione*, in «FI» 1983, 33.

accoglie il principio “costruttivistico”, secondo il quale la conservazione, il godimento e lo sviluppo dei diritti individuali, vanno coniugati all’adempimento di obblighi sociali e vanno ottimizzati “*con la costruzione di un ordine normativo programmato*” che orienta ed indirizza i comportamenti, condizionando le dinamiche sociali<sup>58</sup>.

Indebolitosi lo Stato sociale, il millennio si apre con una nuova stagione, caratterizzata dalla prevalenza della declinazione punitiva della sicurezza e dallo sviluppo della componente sovranista, spinta dalla politica di *law and order*. Il contesto sociale e politico è riassunto nella formula del governo neoliberale su un mondo globalizzato, dominato dal capitale finanziario, in cui si indeboliscono alcuni Stati, non più capaci di produrre *sicurezza sociale*<sup>59</sup>. La *porosità* dei confini, la deindustrializzazione, la precarietà e la flessibilità del lavoro, la diseguaglianza crescente sono alcune delle “cause” che producono insicurezza diffusa e, quindi, maggiore domanda di sicurezza<sup>60</sup>. Si assiste al passaggio dalla *sicurezza penale* al *penale della sicurezza*, e dallo Stato sociale a quello penale<sup>61</sup>. Nel concetto bidimensionale di sicurezza, sulla dimensione oggettiva di pericolo reale, prevale la componente soggettiva, la sicurezza percepita<sup>62</sup>. Il postmoderno enfatizza il *sentirsi sicuro*, la necessità di rimuovere la paura sul piano socioculturale, prima ancora che su quello reale, offrendo sicurezze socio-economiche, etiche, etniche, burocratiche. Il securismo politico compare negli anni ‘90 con lo *slogan* “città sicure” che si tradurrà nel Testo unico degli enti locali, che attribuisce ai sindaci il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti<sup>63</sup> – dopo le diverse riforme<sup>64</sup> –, non solo in caso di

58 F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino 1990, 12.

59 R. Castel, *L’insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi 2014, 17.

60 Per un approfondimento: A. Giddens, *The consequences of modernity*, Polity, London 1990. U. Beck, *La società del rischio: verso una nuova modernità*, Carocci 2000. S. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, Il Mulino 2000.

61 Per un approfondimento: A. De Giorgi, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi 2000.

62 M. Dogliani, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. Cocco (a cura di) *I diversi volti della sicurezza*, Giuffrè 2012, 1.

63 M.E. Cassano, *Sicurezza e disagio sociale nel c.d. decreto Salvini*, in «Dir. pen. cont.» 9/2019, 5.

64 Al momento in cui si scrive, il Consiglio dei ministri ha approvato un nuovo *pacchetto sicurezza*, che vede tra le diverse misure, l’introduzione del reato di “Occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui”, l’estensione del “Daspo urbano” per vietare l’accesso alle aree di infrastrutture e pertinenze del trasporto pubblico ai soggetti denunciati o condannati per reati contro la persona o il patrimonio, l’innalzamento da 14 a 16 anni dell’età dei minori coinvolti per stabilire la punibilità delle condotte relative all’avvalersi, permettere, organizzare o favorire l’accontaggio.

emergenze sanitarie, di igiene pubblica o di sicurezza urbana, ma anche per contrastare fenomeni di degrado e marginalità (sul quale spesso la scure della Corte costituzionale<sup>65</sup> si è abbattuta): si è avallato il *potere* delle autorità locali di separare il centro città, dedicato al passeggio del “buon” cittadino, dalle periferie, bivacco del “cattivo” cittadino. Si rivitalizzano le figure degli oziosi e vagabondi: il decreto sicurezza n. 113 del 2018, con l’art. 21 *quater*, colpisce i semplici mendicanti, attraverso la reintroduzione all’art. 669 *bis* del reato di accattonaggio (la cui precedente versione è stata dichiarata incostituzionale<sup>66</sup>), punibile con l’arresto da tre a sei mesi e l’ammenda da 3.000,00 a 6.000,00, a cui si aggiunge il sequestro obbligatorio dei proventi della mendicizia.

Inoltre, si rivitalizza la figura della vittima. Con l’*approccio forte al diritto penale* dato dal *monismo securitario*, ci si discosta dalla Costituzione, secondo la quale il processo di rieducazione deve proiettarsi verso l’esterno, la società, come espressione di un impegno dello Stato verso il condannato: un impegno che si traduce nella offerta al condannato di “*opportunità per un autonomo impegno di assunzione di responsabilità verso i valori sociali*”<sup>67</sup>. Intesa in questi termini, la funzione rieducativa «*implicitamente riconosce che le cause del crimine non sono solo individuali ma anche sociali. L’impegno positivo verso il reo diventa tanto più cogente quanto più si prenda atto della “corresponsabilità” della società nel processo di criminogenesi del delitto, che in effetti oggi quasi nessuno ritiene sia solo il frutto dell’individuale malvagità*»<sup>68</sup>. Al contrario, la *paura* “costringe” ad abbandonare le ricerche sulle cause della criminalità, per concentrare l’attenzione su come difendersi dalla criminalità, come dimostra il *decreto Caivano*: le radici sociali, l’ambito territoriale, le biografie familiari, tutto ciò che costituisce il contesto dell’ “emergenza” viene ignorato. Ciò implica l’esigenza di individuare: una *popolazione a rischio*, il bacino delle potenziali vittime; la ricerca di misure penali capaci di neutralizzare i criminali. Si introduce, così il c.d. *paradigma vittimario*. La vittima di-

Cfr. Comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 59 del 17 novembre 2023.

65 C. cost. sent. 7.5.11 n. 115.

66 C. Cost. sent. 28.12.95 n. 519.

67 F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena ancora: tra attualità e tradizione*, in «*SO di E. Dolcini*», tomo II, Milano 2018, 538.

68 F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale, una conversazione*, Il Mulino 2018, 33.

venta l'altra faccia del soggetto neoliberale<sup>69</sup>. In nome delle vittime, attuali o potenziali, si dispiegano e giustificano politiche repressive e preventive.

Tra neoliberalismo e repressione penale esiste un particolare *fil rouge*, ben evidenziato da Margaret Thatcher e Ronald Regan<sup>70</sup>. Per la *premier* inglese, la società non esiste, esistono solo gli individui; per il presidente americano, la criminalità non è una questione sociale, non ha cause sociali, esistono i “buoni” e i “cattivi”; tirando le somme: se non esiste la società, non esistono conflitti sociali; la criminalità è costituita da “cattivi” da combattere. Con le politiche neoliberali di aggressione al *welfare*, si passa dall'attenzione ai criminali a quella sulle vittime. Scompare l'idea che il processo di criminogenesi trova le proprie radici nella società: ogni individuo è criminale per propria scelta; si assume la responsabilità delle proprie condotte. È l'individualizzazione e privatizzazione delle scelte e delle conseguenze degli illeciti, che assolvono la società e consentono di abbandonare gli “inutili” e costosi progetti di riforma sociale e di riabilitazione personale. In questi termini, anche la pena assume diverse funzioni, seppur antiche: una misura atta a pacificare la vittima, una forma di riparazione privata; la neutralizzazione delle classi pericolose.

### 3. LA TUTELA DELLA PERCEZIONE E LA REVISIONE TACITA DEI PRINCIPI PENALI

Nella prospettiva del *securismo* i rapporti fra sicurezza e sistema punitivo si invertono: se all'interno del *penale della ragione* era la sicurezza a doversi adeguare ai principi fondativi dello *ius puniendi*, nel penale dell'emozione e delle *passioni tristi* sono i principi *supremi* a doversi adattare alla sicurezza. L'esigenza di sicurezza è talmente avvertita da fare da traino ad una revisione *tacita* dei postulati fondamentali del penale liberale, che una volta *alterati* si traducono nell'adozione di strumenti punitivi finalizzati al perseguimento di scopi e funzioni metagiuridiche<sup>71</sup>.

Le declinazioni di una sicurezza polifunzionale confluiscono in una tipicità securitaria *aperta e priva di vincoli*, che fa proprie le sicurezze po-

69 B. Brown, *American nightmare. Neoliberalism, Neoconservatorism and de-democratization*, in «*Political Theory*» 2006, 690.

70 Per un approfondimento: T. Pitch, *Responsabilità limitate*, Feltrinelli 1989.

71 F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Il Mulino 2019, 29.

puliste, sociologiche, etiche. Nell'area del penale securitario trovano pari dignità sia interessi extragiuridici che scopi extrapenali, in grado di modificare la struttura del reato e le funzioni della pena; quest'ultima, orientata verso una dimensione sostanzialistica del disvalore, contaminata da contenuti etici, morali, ideologici. Si assiste alla trasformazione dei *tipi* e degli scopi della prevenzione penale: gli obiettivi politico criminali extragiuridici soverchiano i principi fondamentali di offensività, necessaria materialità, frammentarietà ed *extrema ratio*<sup>72</sup>.

Elemento caratterizzante dell'illeceità securitaria è una tipicità *asettiva* che non assolve alla funzione delimitativa della punibilità<sup>73</sup>. Un' *atipicità* generata dalla sostituzione del *tipo normativo selettivo* del "penale rilevante" con il *tipo normativo ricettivo* delle pulsioni sociali e del linguaggio popolare. Paradigmatiche, in tal senso, sono le discipline della "nuova" legittima difesa domiciliare (l. 36 del 2019) e la struttura del c.d. reato di *rave party*: come per la "nuova" scriminate è stato necessario l'intervento nomofilattico della Suprema Corte<sup>74</sup> per circoscrivere i "vaghi" presupposti della norma, così, ancora una volta, sarà la giurisprudenza a ridefinire i confini della "riunione pericolosa"<sup>75</sup>.

Allo stesso tempo è *alterato* il principio di offensività, il cui baricentro si sposta, dall'atto o dall'evento di pericolo agli effetti della percezione del pericolo sulla popolazione. Il modello punitivo mira a sanzionare una presunzione o percezione del pericolo<sup>76</sup>, assai performante politicamente e mediaticamente<sup>77</sup>. Il pericolo percepito è indipendente dal pericolo oggettivo e reale, ma è relativo alla *diffusione* della notizia del rischio. A prescindere dalla rilevanza concreta del pericolo, la sua divulgazione massima genera allarme sociale e insicurezza.

Nel momento in cui si tutela un sentimento, non sono utilizzabili né i modelli eziologici della causalità (nemmeno i più *permissivi* della causalità civile), né il criterio dell'imputazione per l'evento incerto scaturente

72 M. Donini, *Illecito e colpevolezza del reato*, Giuffrè 1991, 169.

73 A. Caputo, *Dalla tolleranza zero al diritto speciale dell'immigrazione*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 177.

74 Cass. pen. sez. V, sent. 9.12.2020 n. 34981. Per un approfondimento: R. Bartoli, *Verso la legittima offesa?*, in «*Dir. pen. cont.*», 1, 2019, 17.

75 M. Gallo, *Diritto penale: primi passi del governo di destra-centro*, cit., 1413.

76 R. Cornelli, *La paura nel campo penale*, in «*Quest. giust.*» 2016, 12.

77 E.M. Ambrosetti, *Le cause dell'errore giudiziario: condizionamenti di potere e pressioni mediatiche*, in «*Discrimen*» 2019, 4.

dall'aumento del rischio. Il risultato: una illiceità avulsa dalla *tipicità* e dall'*offensività* penale, in grado di far confluire nel diritto punitivo macro-fenomeni sociali di rilievo sociologico o politologico, come l'immigrazione e i rischi sistemici. Come è stato efficacemente sottolineato, la sicurezza si estende «*ad un ventaglio di situazioni che va dal terrorismo internazionale al barattolo di yogurt scaduto*<sup>78</sup>».

Ma non solo. L'illecito securitario, distanziandosi dai principi della civiltà giuridica liberale, si concentra sull'autore del reato più che sul fatto<sup>79</sup>: non si selezionano *tipi di fatto*, ma *tipi di autore*. Emblematica la figura del migrante clandestino: la sanzione nei suoi confronti si basa non sulla realizzazione di reati, ma su una presunzione di pericolosità sociale. Nella prospettiva sovranista il migrante è un invasore dei confini, un estraneo che attenta all'identità nazionale<sup>80</sup> e, dunque, va neutralizzato senza attendere la consumazione di un reato. Siamo nel diritto penale del *nemico/amico*: il migrante va punito per quello che è, non per quello che fa; si arriva al mancato soccorso in mare, al respingimento. Il migrante è una *non persona*, come il *bannitus* medioevale. Analogo è lo status del delinquente di sussistenza, del c.d. sottoproletariato criminale. Lo Stato securitario dichiara guerra alla microcriminalità, tralasciando le reali emergenze criminali della postmodernità. Il diritto penale non mira agli attori politici ed economici che hanno causato la grande crisi postmoderna, ma alle sue vittime.

In questi termini, si manifesta la *crisi* della colpevolezza, principio *ispiratore* dell'intero ordinamento, giustificazione del *quando* e *cosa* proibire, che trova sintesi nel *nulla actio sine culpa*: «*alla dignità umana, inviolabile secondo la Costituzione, rende giustizia soltanto il principio di colpevolezza*<sup>81</sup>». Non diversamente dagli altri principi, la colpevolezza è una conquista moderna, offuscata dagli ordinamenti autoritari<sup>82</sup> che l'hanno integrata o sostituita con la *pericolosità del reo* o con la colpa d'autore, nel quale l'indebita confusione tra diritto e morale apre a modelli antico-gnitivistici d'inquisizione e di punizione, riferiti non a *qual che si è fatto*,

78 F. Castronuovo, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del penale nella giurisprudenza della Cassazione*, in «Dir. pen. cont.» 2011, 22.

79 A. Manna, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in «CP» 2011, 446.

80 M. Nussbaum, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci 2007, 135.

81 F. Stella, *Giustizia e modernità*, Giuffrè 2003, 146.

82 F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., 291.

ma a *quel che si è*. La colpevolezza, *garanzia negativa*, è l'altra faccia della materialità o exteriorità dell'azione criminosa<sup>83</sup>: l'opposizione al diritto penale dell'obbedienza e delle intenzioni.

La colpevolezza è principio normativo che prescrive la struttura *regolativa*<sup>84</sup> del diritto penale, volto a incriminare la commissione o l'omissione di un'azione, non uno *status*; che dell'azione di cui è proibita commissione o omissione, siano possibili *ex ante*, l'omissione o la commissione. Una norma penale è sensata se osservabile e violabile; è insensato proibire o comandare di essere in un determinato modo. In molti ordinamenti *degenerati*, le persone sono state (in alcuni lo sono tuttora) colpevolizzate per il modo di essere (streghe, ebrei, anarchici, migranti, omosessuali); questo meccanismo punitivo *costitutivo* non è consentito dalla *garanzia* della colpevolezza, che preclude tutte le perversioni positivistiche e spiritualistiche dirette a conferire rilevanza penale alla personalità del reo.

Il divieto di norme penali *costitutive* è un postulato essenziale del liberismo: la proibizione di azioni determinate, garantendo la possibilità di trasgressione o attuazione, è la sola tecnica di controllo sociale compatibile con la tutela dei diritti fondamentali; al contrario, la disciplina direttamente delle persone, del loro *essere*, anziché dell'*agire*, lede uguaglianza e libertà. Nel '900, il pensiero penale autoritario ha tentato di costruire tipologie e classificazioni di delinquenti, ed è, allora, facile cogliere il fondamento garantista del principio, a tutela dell'uguaglianza e della dignità: dire che sono esigibili solo i *modi di agire* e *non quelli di essere*, vuol dire che non si può imporre penalmente ad un uomo che *sia* o diventi diverso da *come è*; e che lo si deve rispettare per quello *che è*. È in questo rispetto di ciò che ciascun *uomo è* o *può essere*, che risiede l'umana identità, che consiste il rispetto dell'umanità delle persone<sup>85</sup>.

Occorre ricordare che, inizialmente, sia la letteratura che la Corte costituzionale hanno dato un'interpretazione restrittiva dell'art. 27, co. 1<sup>86</sup>, relegandolo al mero divieto per fatto altrui e alle barbare rappresaglie degli innocenti<sup>87</sup>. Con la sentenza *Dell'Andro* del 1988 si *restauro*, invece,

83 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 490.

84 C.F. Grosso, *Responsabilità penale*, in «NssDI.», cit., 707.

85 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 511.

86 C.F. Grosso, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. Vassalli (a cura di) *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI 2006, 22.

87 P. Nuvolone, *Norme penali e principi costituzionali*, Giust. cost. 1956, 1262; G. Bettiol, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Priulla 1953, 43; C. cost. sent. 8.8.57 n. 107 e sent. 8.8.71

il principio di colpevolezza<sup>88</sup>: responsabilità penale per un fatto proprio colpevole. L'ordinamento italiano era rimasto l'unico, fra quelli europei, a mantenere il principio dell'assoluta inescusabilità dell'*ignorantia legis* (abolito in Spagna e Portogallo all'indomani della caduta del fascismo) per una ragione schiettamente politica<sup>89</sup>: la prevalenza accordata all'interesse pubblico inerente a una incondizionata osservanza e applicazione della legge, espressione dello statualismo autoritario del regime fascista, che riecheggiava l'odiosa massima in cui l'*in dubio pro reo* era sostituito dall'*in dubio pro re publica*<sup>90</sup>, che ricorda il "conflitto" tra *ragione giuridica* e *ragione di Stato*.

Con il riaffermarsi della sicurezza, declinata come mero ordine pubblico, l'illecito securitario mira ad *alterare*, con vere e proprie *revisioni tacite*, i principi costituzionali. Nel momento in cui si rivitalizzano le arcaiche figure degli oziosi e vagabondi da colpire con il daspo urbano o si prevede la condanna della clandestinità,<sup>91</sup> caricandola di un maggior disvalore attraverso le circostanze aggravanti del reato<sup>92</sup>, si ritorna ad un diritto penale incline alla *colpa d'autore*, alle criminalizzazioni della pericolosità etico-sociale, alla presunzione di colpevolezza, alla creazione di *persone illegali*<sup>93</sup>: tutto ciò che è estraneo al volto costituzionale dell'ordinamento,

n. 20.

88 D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in «RIDPP» 1988, 686.

89 G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., 508.

90 C. Ginzburg, *Il giudice e lo storico*, Giappichelli 1991, 110.

91 Per un approfondimento: M. Pelissero, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in «Quest. giust.» 2007, 684. P. Pisa, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?* in «DPP» 2009, 5. G.L. Gatta, *Aggravante della clandestinità: uguaglianza calpestata*, in «RIDPP» 2009, 713.

92 F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Giappichelli 2021, 73. Con la sentenza n. 249 del 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della circostanza aggravante di clandestinità che prevedeva per qualsiasi delitto l'aumento della pena laddove il reo si fosse trovato illegalmente sul territorio nazionale (art. 61, n. 11 *bis* c.p. introdotto con d.l. 23 maggio 2008, n. 92). Oltre a stigmatizzare la palese irragionevolezza della scelta del legislatore di ancorare una presunzione assoluta di maggiore pericolosità, o addirittura di maggiore gravità del reato, alla mera presenza dello straniero sul territorio dello Stato, la sentenza afferma: «l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti "del tutto estranei al fatto-reato" (...) introducendo così una responsabilità penale d'autore in aperta violazione del principio di offensività (...) [la norma censurata ferisce tale principio] che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali».

93 L. Ferrajoli, *La criminalizzazione degli immigrati*, cit., 13.

in cui, sulla scia della svolta personalistica data dalla Costituzione<sup>94</sup>, la colpevolezza si lega alla finalità rieducativa della pena<sup>95</sup>, alla legalità e irretroattività<sup>96</sup>, nonché alla necessità che il diritto punitivo sia l'*extrema ratio* di tutela della società<sup>97</sup>.

#### 4. CONCLUSIONI

Il breve percorso ricostruttivo conduce ad un'amara riflessione: il diritto penale è diventato mero *slogan*, ma anche strumento a cui è delegato il compito di sanare le disfunzioni sociali ed economiche della postmodernità. Si sostituisce agli interventi positivi dello Stato sociale, mostrando inadeguatezza e una funzione simbolica di assicurazione<sup>98</sup>. Il populismo odierno si erige a garante dei ceti medi impoveriti, contro il *modus vivendi* delle *vite di scarto*. Promuove una giustizia libera da tecnicismi, dove il diritto si dovrebbe basare su un *sano sentimento popolare*<sup>99</sup>: il consenso popolare e *social* legittima la giustizia penale e considera i principi dello Stato di diritto delle *zavorre*<sup>100</sup>. La richiesta di stabilità e sicurezza, da parte di ampi strati di popolazione, precarizzati e marginalizzati, è accolta proprio dal populismo come stato d'animo contemporaneo che recepisce il rancore e l'intolleranza sociale con conseguente declassamento e disgregazione di un ceto medio impoverito e incattivito. Il populismo fa presa in un contesto socioeconomico e sociopolitico anomalo che esprime, da una parte, la fine dell'illusione dello Stato sociale e l'inversione dell'ascensore sociale; dall'altra, la fine dello Stato di diritto. È il concetto *onnivoro* di sicurezza, ma soprattutto l'alluvione legislativa, non accompagnata da poli-

94 G. Fiandaca, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in «FI» 1988, 1385.

95 C. cost. sent. 19.6.90 n. 313.

96 F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè 1965, 356.

97 M. Donini, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in «RIDPP» 2018, 1581.

98 A. Baratta, *Che cos'è la criminologia critica?* in «*Dei delitti e delle pene*» 1991, 77.

99 M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi 2019, 5.

100 G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «*Criminalia*» 2013, 95. D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in «*Criminalia*» 2013, 123.

tiche sociali che, oltre al rischio di generare frane nell'impianto normativo, conduce al paradosso contemporaneo della massima sicurezza *promessa e promossa* in sede penale, a cui corrisponde la minima sicurezza *garantita e percepita*.

Per di più, la sicurezza, espressa nei termini di esclusione e discriminazione, travolge persino l'assetto costituzionale della nostra Repubblica. È il ritorno alla concezione di Costituzione, di popolo e democrazia di Carl Schmitt: costituzione *identitaria*; popolo come macro-soggetto dotato di una volontà unitaria; democrazia come onnipotenza delle maggioranze. Tale concezione presuppone la coesione sociale e l'omogeneità culturale dei soggetti a cui è destinata, ma anche l'esclusione, l'opposizione tra identità e volontà del *demos* e tutti gli altri, i diversi da qualificare come nemici da combattere e neutralizzare<sup>101</sup>. Diversa è la concezione della nostra Carta: garanzia del pluralismo politico e dei diritti fondamentali; patto di convivenza pacifica tra differenti e diseguali; patto di non aggressione con cui si conviene la tutela e il rispetto delle differenze; patto di mutuo soccorso per la riduzione delle diseguaglianze. Opposto è il fondamento della democrazia: il principio di eterogeneità, l'uguale valore associato a tutte le differenze. Diverso è il principio costitutivo della politica, la solidarietà tra diversi: uguali perché riconosciuti tali in dignità e diritti<sup>102</sup>. In ciò trova "pienamente" legittimazione l'ordinamento: è il nucleo dell'universalità dei diritti umani<sup>103</sup>. Nei populistici si capovolge il costituzionalismo: non paradigma di legittimazione e limitazione del potere, ma *instrumentum regni*, necessario ai dominatori per incutere timore e autolegittimarsi attraverso lo strumento punitivo: la via più comoda per affrontare il conflitto sociale e le diseguaglianze.

Il riferimento al *moloch* della sicurezza finisce per nascondere i reali bisogni delle persone e la tutela dei loro diritti, attraverso politiche sociali, economiche e culturali, interventi extrapenalistici. La "*fuga dal diritto penale*<sup>104</sup>" non solo significa il ritorno al diritto punitivo di matrice liberale, ma anche ad una concezione personalistica e solidaristica del sistema. È la

101 L. Ferrajoli, *Democrazia e paura*, in M. Bovero, V. Pazé (a cura di) *Nove lezioni per la democrazia*, Laterza 2010. F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in «RIDPP» 2007, 470.

102 L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra*, Feltrinelli 2022, 51.

103 O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni comunità 2001, 120.

104 C. Roxin, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-NY 1973, 41.

necessità di invertire il paradigma securitario generato a partire degli anni '80: assicurare il primato alla sicurezza sociale. Una visione espansa (più forte?) di garantismo. Il garantismo liberale si è mostrato debole, limitandosi ad indicare cosa *non si deve fare*, spesso a tutela esclusiva dei “potenti” dall'intervento penale, all'infuori di qualunque progetto di emancipazione sociale e di eguaglianza<sup>105</sup>. Il diritto penale minimo ben si lega al principio costituzionale di sussidiarietà dell'intervento penale quale *extrema ratio*, ma anche ad un postulato di *complementarità*: l'intervento penale insieme ad *altro*<sup>106</sup>: i decreti sicurezza della stagione 2018-2019, escludendo la possibilità di integrazione sociale per molti migranti, finivano per “metterli per strada”, spingendoli verso l'illegalità e il lavoro sommerso<sup>107</sup>.

Non è sufficiente un diritto penale liberale e *agnostico*, ormai scettico sulla finalità rieducativa della pena, con accenti di retribuzione, che vede nella scienza penale una limitazione dell'intervento punitivo inteso come mero fatto di potere<sup>108</sup>. Tale posizione è certamente condivisibile nella critica all'attuale ordinamento penale (con un sistema sanzionatorio ancora carcere-centrico), finalizzato all'emarginazione sociale e alla riproduzione della delinquenza, ma ha un presupposto errato: l'idea dell'impossibilità di un diverso *dover essere*. Come sosteneva Roxin, nel suo *Berlin Programm*, i principi di sussidiarietà, legalità, personalità della responsabilità, offensività, finalità rieducativa, *limitano* e *fondono*. Dal volto costituzionale traiamo principi di politica criminale da Stato sociale<sup>109</sup>: i termini “liberale” e il “garantismo” non sono da soli sufficienti<sup>110</sup>, basta soffermarsi sull'art. 27 della Costituzione, utilizzato dalla Corte costituzionale per censurare gran parte della compul-

105 A. Baratta, *Prefazione* a S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, ESI 1997, XXV.

106 A. Baratta, *Il Corpus Juris e la cultura giuridico-penale europea*, in S. Moccia (a cura di) *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, ESI 2004, 35.

107 L. Ferrajoli, *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*, in «*Quest. giust.*» 2019.

108 E. R. Zaffaroni, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, ESI 1994, 194.

109 C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in S. Moccia (a cura di) *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, ESI 1998, 46. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 7.

110 M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il “diritto” penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere penali Italiane*, in «*DisCrimen*» 24.5.2019, 7. G. Fiandaca, *Intorno al diritto penale liberale*, in «*DisCrimen*» 10.6.19, 1.

siva legislazione securitaria; il riferimento al fondamento liberale è forzato, il diritto fondamentale del condannato alla rieducazione è espressione della componente personalistica e solidaristica della Carta. È la necessità di garantire una *continuità* e una *comunità di diritti*<sup>111</sup>, al di là delle diversità di situazioni che generano non soltanto pregiudizi materiali, ma anche discontinuità nella distribuzione delle prestazioni e arbitrarietà nella loro attribuzione, al fine di promuovere una reintegrazione dei gruppi in difficoltà.

111 R. Castel, *L'insicurezza sociale*, cit., 73.