

QUESITI

FRANCESCO FORZATI

La sicurezza penale fra rassicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo

Il diritto penale della sicurezza contemporanea determina il superamento dei principi e delle garanzie del penale liberale, riprendendo i modelli preventivi e personologici autoritari dello Stato totalitario novecentesco ed alcuni caratteri belligeranti e brutali del penale pre-moderno.

In particolare, il penale dell'immigrazione sembra tutelare più che la sicurezza territoriale, la sicurezza dell'identità etnica e razziale. La pena tende alla rassicurazione del corpo sociale, simboleggiando la neutralizzazione ed il respingimento dell' estraneo: in questo modo viene finalizzata al ripristino dell'ordine identitario precedente. Si adottano perciò gli schemi preventivi e personologici del penale del nemico: l'immigrato-clandestino ricalca in tal senso un *Tätertyp* che rivitalizza i tipi medievali dell' *extraneus* e del *Bannitus*. La sicurezza in questa prospettiva viene confusa con una *conservatio ordinum*, basata sulla criminalizzazione e sull'espulsione del corpo estraneo.

The criminal law of security determines today the overcoming of the principles and the guarantees of the liberal penal, taking again the preventive and personological models of the authoritarian state of the twentieth century and some belligerent and brutal characters of the pre-modern penalty.

*In particular, the immigration penalty seems to protect more than territorial security, the security of ethnic and racial identity. The penalty reassures the social body, symbolizing the neutralization and rejection of the stranger aimed at restoring the previous identity order. Therefore the preventive and personological schemes of the enemy's criminal are adopted: the immigrant-clandestine becomes a *Tätertyp* which revitalizes the medieval types of *extraneus* and *Bannitus*. Security thus tends to be confused with a *conservatio ordinum*, based on the criminalization and expulsion of the foreign body.*

SOMMARIO: 1. Dalla sicurezza dimenticata al rinascimento securitario del nuovo millennio. - 1.1 Il paradigma securitario dello *ius puniendi* contemporaneo fra tendenze autoritarie, inclinazioni preventive e caratterizzazioni personologiche: dal penale mite al penale del nemico. - 1.2 Dalla sicurezza nel diritto penale al diritto penale della sicurezza: rilievi dommatici e politico-criminali. - 1.3 Il penale securitario come epifenomeno dei mutamenti socio-politici della postmodernità: la sicurezza penale fra insicurezza ed intolleranza sociale. - 2. La tutela penale della sicurezza pubblica fra (esigenze di) rassicurazione sociale e declinazioni autoritarie. La "perenne emergenza" securitaria: cenni al D.L. 20 febbraio 2017 n.14 ed al D.L. 4 ottobre 2018 n. 113. - 2.1 La "sicurezza integrata" del D.L. 14/2017 come contenitore multifunzionale e multifattoriale di politiche-criminali irrazionali: la trasposizione della sicurezza sociale in sicurezza penale. - 3. La funzione securitaria della pena fra simbolismo e paternalismo: sicurezza identitaria e diritto penale del nemico. - 3.1 Sicurezza territoriale e criminalizzazione del corpo estraneo: il *Tätertyp* dello straniero-immigrato fra modelli penali e parapenali finalizzati all'espulsione. - 4. La sicurezza identitaria post-moderna fra dinamiche punitive pre-moderne e diritto penale del nemico: l'attualità della distinzione fra "*sicurezza dell' intra moenia*" ed "*insicurezza dell'extra moenia*". - 4.1 Il ritorno al modello governamentale tardo-ottocentesco: neutralizzazione del corpo estraneo e carcerizzazione delle classi pericolose. La transizione dallo Stato sociale allo Stato penale. - 5. Il paradigma securitario post-moderno come riproposizione del "*bellum iudiciale*" d'estrazione feudale: le simmetrie criminologiche fra il *Tätertyp* dell'immigrato-clandestino, dell' *extraneus* e del *Bannitus*- 6. Il paradigma securitario dell'ordine pubblico oltre la sicurezza dei diritti: D.L. 23 maggio 2008 n. 90 e 6 novembre 2008, n. 172. Sicurezza ambientale o regime espropriativo dei diritti? - 6.1 L'offerta e la domanda di sicurezza fra rappresentazione mass-mediatica e percezione sociale: (la tutela del)la *Sicherheitsbewußtsein*. Eterogenesi dei fini securitari e radicalizzazione del

bisogno di pena. - 6.2. La sicurezza dei diritti fra realtà e rappresentazione. Involuzione dei criteri selettivi della responsabilità penale e meccanismi autopoietici di criminalizzazione dell'immaginario (collettivo): la *conservatio ordinum* fra *sicurezza-spot* e *sicurezza-fiction*.

1. Dalla sicurezza dimenticata al rinascimento securitario del nuovo millennio.

Scopo sovraordinato del potere punitivo¹ secolarizzato², alla base del contrattualismo³ e dell'utilitarismo⁴ di matrice illuminista, la sicurezza è stata dimen-

¹ Sulla sicurezza come categoria fondativa del diritto penale vedi DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 ss; ID., *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico. Documento introduttivo del Convegno "Sicurezza e Diritto Penale"*, Modena, 2009, 2 ss.. (anche in DONINI, CAPRIOLI, CAPUTO, FOFFANI, HASSEMER, INSOLERA, NAUCKE, ORLANDI, PICOTTI, PIGHI, PRITTWITZ, PALIERO, PAVARINI, PIERGALLINI, PULITANO', *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini-Pavarini, Bologna, 2011, 11 e ss.); HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 59 ss.; ID., *Sicherheit durch Strafrecht?*, in *HRRS*, 2006, 130 ss.; PULITANO', *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, 547 ss.

² La sicurezza rappresenta lo scopo laico che fonderà il penale secolarizzato a partire dal giusnaturalismo, pur trovando la secolarizzazione penale piena attuazione solo con l'illuminismo. Al riguardo vedi per tutti BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 81 ss.; COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del 'sacro'*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di Canestrari-Stortoni, Bologna 2009, 101 ss., 115 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2008 (IX ed.), 13 ss., 83 ss., 207 ss., 247 ss, 369. Sul passaggio dal giusnaturalismo teocratico al giusnaturalismo laico vedi MOCCIA, *Carpov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988, 12 ss., 16, 18, 22 ss. Sulla secolarizzazione e la laicità del diritto penale vedi fra tutti CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino 2012, 8 ss.; DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, 1017 ss.; FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Nuvolone*, I, Milano 1991, 165 ss.; MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Dell'Andro*, I, Bari 1994, 519 ss.; RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 2 ss. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 477 ss.; PULITANO', *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 55 ss, STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in *Laicità. Problemi e prospettive. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica*, Milano, 1977, 316 ss.

³ Con il contrattualismo la garanzia di sicurezza viene ricollegata al diritto di libertà, rappresentando la ragione giustificativa "dell'attribuzione all'autorità pubblica del potere di disporre di, o di limitare, molti diritti dei singoli, ravvisandola in una sorta di contraccambio" con i pericoli derivanti dal conflitto e dallo stato di guerra. Sul punto vedi per tutti DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, cit., 11 e ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 461 ss., 483 ss., 849 ss, 901 ss., 925 ss.

⁴ La giustificazione utilitaristica del diritto penale come strumento di tutela dei cittadini mediante la prevenzione dei delitti che ne ledono i diritti è comune a tutto l'illuminismo giuridico ma viene comunemente ricondotta al giusnaturalismo laico. Per un approfondimento della connotazione "polidimensionale" del principio utilitaristico in Grozio, si rimanda a MOCCIA, *Carpov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit., 49 ss. Cfr. pure THOMASIIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, (1688) rist. Aalen, 1963, lib.III, cap.VII, par. 28, 413. Sui rapporti fra utilitarismo, contrattualismo e sicurezza vedi FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 207 ss., 245 ss., 332 ss., 461 ss. 483 ss.

ticata dalla dottrina penale nella seconda metà del secolo scorso, come un padre nobile di cui potersi agevolmente disfare.

Giudicata concetto tautologico e superfluo⁵, per quasi mezzo secolo la *securitas* è stata condannata all'oblio⁶ ed all'indeterminatezza definitoria⁷, quale superfetazione di altre categorie penali⁸ ovvero "contenitore onnicomprensivo" di tendenze politico-criminali di stampo preventivo⁹.

Confinata nel limbo della sicurezza materiale, ordine pubblico¹⁰ o pubblica

⁵ In un saggio del 2001, Alessandro Baratta affermava che l'enucleazione di un "diritto fondamentale alla sicurezza" non può essere altro che il "risultato di una costruzione costituzionale falsa o perversa". Se tale preteso diritto si traduce nella "legittima domanda di sicurezza di tutti i diritti da parte di tutti i soggetti", la costruzione è "superflua" e comunque la terminologia è fuorviante. Siamo, infatti, nel campo della "sicurezza dei diritti" o del "diritto ai diritti", identificabile anche come "diritto umano ai diritti civili" non già in quello proprio del "diritto alla sicurezza". BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, 21 ss.

⁶ Nel documento introduttivo al Convegno "Sicurezza e diritto penale", tenutosi il 20 ed il 21 marzo 2009 all'Università di Modena, Massimo Donini scrive: "Solo dieci o quindici anni fa non sarebbe stato naturale intitolare un convegno penalistico a sicurezza e diritto penale avendo in mente la trattazione di questione generalissime. La sicurezza era un argomento circoscritto a singoli settori delle leggi speciali o dell'ordine pubblico". Così DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico. Documento introduttivo del Convegno "Sicurezza e Diritto Penale"*, cit., 2.

⁷ Viene opportunamente evidenziato come la sicurezza sia una "parola-chiave che domina il dibattito politico-criminale nell'opinione pubblica di diversi paesi", senza che tuttavia "il concetto di sicurezza venga definito", rischiando pertanto di rimanere un mero slogan o di trasformarsi in un "contenitore onnicomprensivo" ovvero una sorta di "*passe-partout*". Cfr. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit.Dir.*, 1-4/2009, 43 e 44. Sul bilanciamento fra sicurezza e garanzie, anche in rapporto alla anticipazione della soglia di intervento penale vedi PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, 547 ss.

⁸ Ridotta a bene giuridico o "circoscritta a singoli settori delle leggi speciali o dell'ordine pubblico" la sicurezza è stata marginalizzata nel dibattito penalistico a partire dal secondo dopoguerra. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., 43 ss.; INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 199 ss.; MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2010, 2, 1003 e ss.

⁹ Sul punto vedi CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., 43 ss.

¹⁰ La nozione di sicurezza nel diritto penale, quando si riferisce a beni giuridici inscrivibili in una dimensione pubblica, "richiama immediatamente una delle componenti del più ampio concetto di ordine pubblico inteso in senso materiale". In una prospettiva riassuntiva, necessariamente approssimativa, può dirsi che l'ordine pubblico in senso materiale comprende "i profili fattuali della sicurezza" ed dell'incolumità pubblica, interessi generali estremamente ampi che inglobano la "tranquillità pubblica" e la "pacifica convivenza sociale" che costituiscono più che un oggetto di tutela, "il fondamento ed il fine ultimo del magistero penale". In questa prospettiva è più corretto configurare "la sicurezza pubblica in termini di integrità personale-esistenziale di una pluralità indeterminata di soggetti, che siano presenti in un medesimo e circoscritto contesto ambientale", integrità personale-esistenziale "tutelata a fronte di un immediato e manifesto dispiegarsi della violenza fisica". Si esprime in questi termini DE VERO, *Sicurezza pubblica nel diritto penale* (voce), in *Dig. Pen.*, XIII, Torino, 1997, 286 e 287. Sulla nozione di ordine pubblico materiale cfr. fra gli altri LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1967, 360 ss.; MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, 668 ss.; PALADIN, *Ordine pubblico*, in *No-*

sicurezza¹¹, ovvero approfondita in via atomistica come concetto di nicchia¹², la sicurezza è stata ignorata in una prospettiva d'analisi finalizzata al suo inquadramento sistematico, e al più valorizzata quale interesse fondativo del sistema penale moderno.

Permanendo l'incerto inquadramento sistematico e la vaghezza definatoria, la ricaduta dommatica della sicurezza, nella seconda metà del secolo scorso, si è dimostrata pressoché nulla, nonostante la ampia gamma di significati assunti. Quale bene giuridico, direttiva di politica criminale o scopo sovraordinato e fondante l'ordinamento penale, la sicurezza si è tradotta in una categoria puramente ideale, priva di ogni incisività ed effettività dommatica.

La recente (ri)scoperta della sicurezza da parte della dottrina e la sua centralità nello *ius puniendi* contemporaneo, non può dunque che rientrare nei paradossi della scienza penale.

Eppure quella che appare una singolare dimenticanza o addirittura un fenomeno di amnesia collettiva dei penalisti liberali del secolo scorso, nasconde forse il tentativo di studiosi improntati al penale mite¹³, di rimuovere i caratteri

viss. *Dig. It.*, vol. XII, Torino, Utet, 1965, 130 ss; RANELLETTI, *Concetto di ordine pubblico* in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. IV, Milano, 1904, *passim*. Sul rapporto fra sicurezza, ordine pubblico ed emergenza vedi MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, 9 ss, 39 ss., 123 ss.; RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, 1982, Napoli, 21 ss.

¹¹ Così DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico. Documento introduttivo del Convegno "Sicurezza e Diritto Penale"*, cit., 2 ss.

¹² E' il caso della tutela penale della sicurezza sul lavoro. Sul tema vedi, fra gli altri, ALESSANDRI, *Cautela contro disastri o infortuni sul lavoro* (omissione o rimozione), in *Dig. Pen.*, Torino, 1992, II, 147 ss.; PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim.dir.pen.ec.*, 1996, 1166 ss.; PAGLIARO, *Problemi generali di diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, 20 ss.; PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1988, 136 ss.; PULITANO', voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1992, VI, 103. Sia consentito anche il rinvio a FORZATI, *Prevenzione nei luoghi di lavoro e modelli penali d'intervento: beni giuridici e tecniche di tutela*, in *Commentario Ambiente e sicurezza del Lavoro*, diretto da Carinci, a cura di Rusciano e Natullo, VIII, Torino, 2007, 93 ss.; ID., *La delega di funzioni*, in *Commentario Ambiente e sicurezza del Lavoro*, cit., 209 ss.;

¹³ Penale mite che, muovendo dall'utopia punitiva di un penale depurato dai suoi elementi coercitivi, si contrappone ontologicamente all'idea securitaria di un penale forte. Viene autorevolmente affermato al riguardo che "il diritto mite si culla, in definitiva, nella illusione di una sostanziale omogeneità sociale interpretata, più che dal legislatore, dal giudice": omogeneità che, se poteva essere immaginata nella seconda metà del secolo, non rappresenta una opzione percorribile nella società europea attuale che vive le criticità " della crisi economica, del terrorismo islamista e della pacifica, ma non per questo meno problematica, invasione di popoli" stranieri. Proiettato nella post-modernità "il diritto mite, oltre la specificità penale, non considera le radicali contrapposizioni ancora presenti nella società contemporanea, che in diritto penale hanno fatto addirittura elaborare una concezione che è, per certi versi, il suo opposto: ovvero il diritto penale del nemico." Così COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in AA.VV., *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove morali di Stato. Il diritto penale econo-*

autoritari della sicurezza hobbesiana, tradotti nel penale preventivo e personalologico¹⁴ dello Stato totalitario novecentesco¹⁵.

Per quanto i retaggi autoritari di una sicurezza Stato-centrica, - delineata dai reati contro la personalità(-sicurezza) dello Stato e l'ordine pubblico, il comparto della pubblica sicurezza e dalle misure di sicurezza fascista, - siano stati infatti nel dopoguerra temperati e bilanciati dal penale liberale, inserito nella cornice dei principi costituzionali dello Stato di diritto¹⁶, la sicurezza ha evi-

mico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi, a cura di Cocco, Milano, 2016, 2 ss.

¹⁴ Sulla riproposizione nell'attualità del modello del tipo d'autore, vedi per tutti l'autorevole e comprensiva analisi di AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisdizione penale*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove morali di Stato. Il diritto penale economico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi*, cit., 81 ss.

¹⁵ La presa di distanza dal penale securitario nella dottrina italiana del dopoguerra può essere evidentemente anche rapportata alla rimozione dell'esperienza totalitaria ed illiberale dello Stato e del penale fascista, basti pensare al carattere fortemente illiberale dell'istituto delle misure di sicurezza, sistema sanzionatorio differenziato creato dal regime, sull'onda di una prevenzione speciale esasperata, di un diritto penale personalologico, retaggio del positivismo lombrosiano di fine ottocento.

¹⁶ Il concetto di Stato di diritto è particolarmente ampio e articolato. Volendo ridurlo alla sintesi, può voler dire due cose: "governo *sub lege* o sottoposto alle leggi, o governo *per leges* o mediante leggi generali ed astratte". Il governo, o più in generale il potere *sub lege*, può a sua volta intendersi in due sensi diversi: "nel senso debole, o lato, o formale che qualunque potere deve essere conferito dalla legge ed esercitato nelle forme e con le procedure da essa stabilite; e nel senso forte, o stretto, o sostanziale che qualunque potere deve essere limitato dalla legge che ne condiziona non solo le forme ma anche i contenuti...il primo di questi significati corrisponde all'uso tedesco di *Rechtsstaat*, mentre il secondo corrisponde all'uso inglese di *rule of law* e a quello italiano dello stato di diritto. Nel primo senso (senso debole) sono stati di diritto tutti gli ordinamenti, anche autoritari o peggio totalitari, in cui comunque *lex facit regem* e il potere ha una fonte e una forma legale; nel secondo senso, lo sono solo gli stati costituzionali che, nei livelli normativi superiori, incorporano limiti non solo formali ma anche sostanziali all'esercizio di qualunque potere. Così BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, 1984, 149 ss.

Possiamo grosso modo associare questi due significati di stato di diritto alle due nozioni del principio di legalità: alla legalità in senso lato, o validità formale, che richiede soltanto che di ogni potere siano legalmente predeterminati i soggetti titolari e le forme di esercizio; e alla legalità in senso stretto, o validità sostanziale, che esige altresì che ne siano legalmente preordinate e circoscritte, mediante obblighi e divieti, le materie di competenza e i criteri di decisione". L'accezione Stato di diritto cui fa riferimento il testo è relativa al secondo dei due significati e si identifica, principalmente, con un'idea garantista. "Esso designa perciò non semplicemente uno stato legale o regolato da leggi, ma un modello di stato nato con le moderne Costituzioni e caratterizzato : a) sul piano formale dal principio di legalità, in forza del quale ogni pubblico potere- legislativo, giudiziario e amministrativo- è subordinato a leggi generali ed astratte che ne disciplinano le forme di esercizio e la cui osservanza è sottoposta a controllo di legittimità da parte di giudici da esso separati e indipendenti (la Corte Costituzionale per le leggi, i giudici ordinari per le sentenze, i tribunali amministrativi per i provvedimenti); b) sul piano sostanziale dalla funzionalizzazione di tutti i poteri dello stato alla garanzia dei diritti fondamentali dei cittadini, attraverso l'incorporazione limitativa nella sua Costituzione dei doveri pubblici corrispondenti, cioè dei divieti di lesione dei diritti di libertà e degli obblighi di soddisfazione dei diritti sociali, nonché dei correlativi poteri dei cittadini di attivarne la tutela giudiziaria. La prima di queste due condizioni rappresenta la fonte di legittimazione formale di ciascun potere; la seconda la sua fonte di legittimazione sostanziale.

dentemente mantenuto nella prospettiva penalistica il retrogusto amaro di un marchio autoritario, non agevolmente delimitabile, né arginabile¹⁷.

"Se rivolgiamo il nostro sguardo al processo di formazione e consolidamento del diritto penale moderno, sia sul piano degli stati nazionali che su quello dei rapporti internazionali", il tema securitario evoca del resto costantemente " il problema del dominio politico, dei rapporti di potenza o, ancora, dell'irrazionalità del potere"¹⁸; così come il penale preventivo-securitario rimanda all'idea weberiana dello "stato come detentore del monopolio della forza fisica legittima" che allarga attraverso i suoi apparati la intromissione nella sfera dei diritti individuali dei cittadini, anticipando le soglie di punibilità, attraverso una prevenzione invasiva dei diritti di libertà¹⁹.

1.1. Il paradigma securitario dello *ius puniendi* contemporaneo fra tendenze autoritarie, inclinazioni preventive e caratterizzazioni personologiche: dal penale mite al penale del nemico.

"Tema costitutivo della sovranità nella sua declinazione moderna"²⁰, la sicurezza è "questione fondante per la nascita e la legittimazione di un ordine giu-

Grazie a queste due fonti non esistono, nello stato di diritto, poteri sregolati e atti di potere incontrollabili: tutti i poteri sono in esso limitati da doveri giuridici, relativi non solo alla forma ma anche ai contenuti del loro esercizio, la cui violazione è causa giustiziabile d'invalidità degli atti e, almeno in teoria, di responsabilità dei loro autori". Il virgolettato è tratto da FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 896 ss.

¹⁷Va peraltro ricordato che l'impianto securitario del penale fascista non sarà depotenziato, né smantellato nel dopoguerra: resterà inalterato l'impianto dei reati contro la personalità dello Stato, mentre sarà rafforzata attraverso la normativa antimafia, la propensione preventiva dei reati contro l'ordine pubblico, con i suoi variegati modelli associativi, e l'incolumità pubblica. Resterà parimenti inalterato l'armamentario autoritario della pubblica sicurezza fascista e la declinazione personologica delle misure di sicurezza, tarate sulla pericolosità sociale, categoria personologica non facilmente conciliabile con i principi di offensività e di materialità, né con la colpevolezza sul fatto. Su quest'ultimo aspetto vedi da ultimo BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 644 ss.

¹⁸ Cfr. ABBRATE, *La società oltre se stessa. Critica della razionalità autoreferenziale moderna*, in *Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, 2008, I, 66 ss.; ID., *Appunti sulla azione penale fra storia, costituzione e spunti di diritto comparato*, 2013, 25, GROSSI, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, XVII ss, ID., *Aequitas canonica: tra codice e storia*, in *Jus-online-1-2015*; TITO MARCI, *La società oltre se stessa. Critica della razionalità autoreferenziale moderna*, in *Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, 2008, I, 66 ss.;

¹⁹ Sul punto vedi GROSSI, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, cit., XVII ss, ID., *Aequitas canonica: tra codice e storia*, in *Jus-online-1-2015*

²⁰ L'espressione è di COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del 'sacro'*, in Canestrari-Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna 2009, 101 ss., 120 ss. Su sovranità e sicurezza in Hobbes vedi per tutti BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 81 ss., 116 ss, 345 ss.; ID., *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, (1954), in *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Napoli, 1965, 11 ss.

ridico caratterizzato dal monopolio della forza²¹.

Non è d'altra parte un caso se il rinascimento securitario – ovvero il rinnovato interesse della dottrina penale per la *securitas* – sia coinciso con il dibattito penalistico generato, all'inizio del nuovo millennio, dalla necessità di fornire risposte adeguate al terrorismo internazionale di matrice islamica²²: dibattito che ha riproposto con vigore i temi dell'anticipazione delle soglie di punibilità e dello Stato di prevenzione²³, varianti declinati nelle formule del diritto penale del rischio²⁴, del penale differenziato e persino, del penale di guerra²⁵ e

²¹ Così PULITANO', *Problemi della sicurezza e diritto penale, Relazione al Convegno "Sicurezza e Diritto Penale*, cit., 1. Sul punto vedi BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, cit., 11 ss.

²² Sul punto vedi per tutti CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo, y delitos de terrorismo*, in *Jueces para la democracia*, 2002, 19 ss.; DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. Pen.* 2006, 871 e ss.; FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di Bernardi, Pastore, Pugiotta, Milano, 2008, 172 ss.; MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, Roma, 2017, 69 ss.; 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, 2/3, 473; PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, (a cura di Gamberini-Orlandi, Bologna 2007, 74; VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, 687.

²³ Nell'era tecnologica, la prevenzione penale tradizionalmente legata all'area del pericolo, ha trovato il suo naturale ampliamento nella sicurezza cautelativa-precauzionale riferita al concetto di rischio, e correlata all'adozione del principio di precauzione in materia penale. Sicurezza, rischio e principio di precauzione "sono divenuti discorsi centrali e pervasivi del discorso penalistico contemporaneo, oltre che di quello sociologico e politico" Sul punto vedi per tutti CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del penale nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir.pen.contemporaneo*, 2011, 22 ss.; CONSORTE, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dir. pen.* XXI sec., 2007, p.269 ss.; FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 186 ss.; ID., *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penali sulle soglie di prevenzione*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, 573 ss.; GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 228 ss.; MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

²⁴ Il recente dibattito dottrinario sulle soglie legittime di anticipazione della punibilità ha associato la tutela della sicurezza collettiva all'adozione di un efficace sistema di contenimento del rischio penale, la cui variegata elaborazione dottrinale ha, in parte, sostituito, in parte arricchito, a volte soltanto replicato gli ambiti applicativi del pericolo, prospettando modelli preventivi sempre più spinti, auspicabili sul piano dell'efficienza più che delle garanzie. Sulla "società del rischio" cfr. per tutti BECK, *Risikogesellschaft- Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, *passim*. Sul rapporto fra diritto penale, rischio e tecnologia vedi, fra tutti, HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 357 ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 55 ss.; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 425 ss.; 606 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, 552 ss., 634 ss.; ID., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 1474 ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko-Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993, 3 ss.

²⁵ Viene considerata la risposta bellicosa ad un atto di guerra la legislazione del *Patriot Act* americano in

del nemico²⁶.

All'interno di un'ampia e profonda riflessione dottrinarica che ha toccato i fini dello *ius puniendi* ed i limiti del potere punitivo, è stato così messo in campo, il concetto di una "sicurezza-orizzonte totalizzante del discorso penalistico"²⁷: definizione che, richiamando lo spazio debordante attribuito alla sicurezza nel penale contemporaneo²⁸, sottolinea la perdita progressiva di confini di un comparto preventivo piegato a logiche e finalità securitarie emotivo-irrazionali²⁹, sottratto ad ogni contenimento ed a ogni controllabilità tecnico-donnatica³⁰.

Nelle fattispecie preventive incentrate sul pericolo concreto o potenziale, ovvero sul rischio, la pregnanza offensiva del fatto si diluisce, l'evento si scolora e la fattispecie perde di materialità: ciò preclude la determinabilità normativa dell'offesa, nonché la individuabilità di un disvalore di evento, ulteriore e distinto dal disvalore d'azione³¹.

tema di terrorismo, che sarà integrata e rafforzata nel nostro paese a partire dal 2001 con la fattispecie di associazione con finalità di terrorismo *ex art.270 bis c.p.* che determina l'arretramento della soglia di punibilità in funzione della finalità perseguita, con l'evidente rischio di reprimere condotte neutre. In realtà gli Stati Uniti hanno applicato nel campo della lotta al terrorismo proprio "le più rigorose logiche del principio di precauzione: la guerra in Iraq e svariate misure antiterrorismo sono state legittimate proprio in base all'affermazione per cui l'adozione di misure preventive non richiede la certezza di verifica del danno". Così FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, cit., 173. Sul punto vedi pure DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 3 ss.

²⁶ La presa di distanza dal penale securitario nella dottrina italiana del dopoguerra può essere evidentemente anche rapportata alla rimozione dell'esperienza totalitaria ed illiberale dello Stato e del penale fascista, basti pensare al carattere fortemente illiberale dell'istituto delle misure di sicurezza fatto dal regime, sull'onda di una prevenzione speciale esasperata, di un diritto penale personologico, retaggio del positivismo lombrosiano di fine ottocento.

²⁷ Così DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico. Documento introdotto del Convegno "Sicurezza e Diritto Penale"*, cit., 2 ss. Per una lettura diversa del paradigma securitario vedi PULITANO', *Sicurezza e diritto penale*, cit., 547 ss.

²⁸ Non è del tutto corretto affermare che la sicurezza penale ha riacquisito attualità, in quanto già la seconda metà del secolo scorso ha evidenziato la polivalenza politico-criminale e la centralità dommatica nell'impianto penale contemporaneo. Centralità testimoniata dalle politiche-criminali securitarie che dal dopoguerra in poi, hanno condotto alla moltiplicazione esponenziale delle fattispecie di pericolo, colpose ed omissive, conducendo ad un notevole anticipazione della complessiva soglia di punibilità, testimoniata dal progressivo svuotamento degli elementi volontaristici della responsabilità dolosa e dell'erosione della colpevolezza sul fatto, sfumata nell'area indefinita della colpa e della pericolosità presunta.

²⁹ Scoppi politico criminali emotivo-emergenziali e di mera facciata, tese per lo più a rassicurare l'opinione pubblica. Sul punto Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, 2007, II, 362 ss., 367 ss., 372 ss., 481 ss.

³⁰ Concetto onnivoro che si presta ovviamente ad interpretazioni ampliative, se non creative, della giurisprudenza. Sul punto vedi per tutti CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 23 ss.

³¹ È noto che la *ratio essendi* preventiva del pericolo concreto sconta la sua indeterminatezza ontologi-

Dovendo tradurre l'inoffensività materiale in offesa potenziale e/o presuntiva, il penale preventivo-securitario mette dunque in crisi la funzione formal-garantista ed il materialismo del *Tatbestand*, ripiegando su parametri indicativi di una mera inosservanza normativa ovvero di una pericolosità personologica del soggetto agente.

La dilatazione e l'anticipazione della punibilità propria del paradigma securitario pone dunque delicati problemi di compatibilità con un diritto penale del fatto. Basti pensare che rilevano nella prospettiva securitaria, ma non sul piano fattuale, le condotte di mera disobbedienza, i reati di posizione, gli illeciti omissivi, i comportamenti ritenuti negligenzi secondo parametri normativi di tipo casistico-presuntivo.

Condotte raccordate cioè ad offese future ed incerte e/o ricostruibili attraverso criteri eziologici ipotetici e possibilistici, non accertabili sul piano probatorio ma solo attraverso presunzioni indiziarie che ribaltano la presunzione costituzionale di non colpevolezza, invertendo l'onere della prova³².

D'altra parte l'offesa preventivo-securitaria si raccorda non tanto all'evento materiale, quanto all'azione, elemento del reato più vicino al soggetto agente e, quindi, più disposto a recepire le sollecitazioni in chiave personologica dell'illecito penale: ciò significa che il paradigma securitario tende a convertire il penale del fatto nel penale d'autore.

Ciò implica la trasposizione del penale liberale in moduli preventivi che, ampliando ed anticipando la soglia della punibilità, si prestano a derive autoritarie ed a caratterizzazioni personologiche: circostanza ben rappresentata dalla transizione del penale mite (della seconda metà del secolo scorso) nel penale del nemico (del nuovo millennio), ovvero nel suo "opposto"³³.

1.2 Dalla sicurezza nel diritto penale al diritto penale della sicurezza: rilievi

ca sul piano della tecnica di tipizzazione della fattispecie che, in ogni caso, risulta a tipicità aperta; la fattispecie di pericolo astratto d'altra parte, pur assicurando il carattere tassativo del *Tatbestand*, rinuncia ad esprimere una concreta offensività. Sul punto vedi per tutti PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, 44 ss.

³² Sul rapporto fra fattispecie preventive e principio di colpevolezza vedi per tutti PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 44 ss.

³³ Proiettato nella post-modernità "il diritto mite, oltre la specificità penale, non considera le radicali contrapposizioni ancora presenti nella società contemporanea, che in diritto penale hanno fatto addirittura elaborare una concezione che è, per certi versi, il suo opposto: ovvero il diritto penale del nemico." Così COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, cit., 2 ss.

dommatici e politico-criminali.

La moltiplicazione esponenziale delle leggi penali e delle normative quadro che, nel terzo millennio, hanno assunto la sicurezza ad oggetto di tutela diretta o indiretta, ha determinato la trasposizione della *securitas*, da *ratio essendi* sovraordinata e/o scopo finale dello *ius puniendi*, ad oggetto specifico di tutela penale: dato significativo sotto il profilo assiologico³⁴, nella misura in cui si è andato delineando un sotto-sistema penale finalizzato alla messa in sicurezza di diritti, interessi, segmenti del vivere civile, comparti produttivi, aree tecnologiche, cicli produttivi.

Partendo dalle variegate declinazioni della sicurezza pubblica e dalle ramificazioni securitarie burocratico-amministrative d'estrazione comunitaria, la tutela securitaria - tradizionalmente riferita alla sicurezza pubblica e/o sicurezza materiale (ordine pubblico) ovvero alla tutela della sicurezza privata - si è progressivamente estesa, traducendosi in una serie di sottocategorie: sicurezza alimentare, sicurezza ambientale, sicurezza territoriale (e lotta all'immigrazione clandestina), sicurezza dei dati sensibili, sicurezza informatica, sicurezza sul lavoro, sicurezza economica e della produzione industriale, sicurezza materiale (o dell'ordine pubblico), sicurezza medica e dell'igiene pubblica, sicurezza privata e delle relazioni interpersonali, sicurezza del risparmio e delle transazioni finanziarie, sicurezza stradale e dei trasporti, sicurezza del territorio (e contrasto all'immigrazione clandestina), sicurezza urbana, ultimamente declinata in sicurezza integrata.

Si tratta di modelli penali compositi, costruiti in prevalenza sulla anticipazione della tutela e conseguente de-materializzazione dell'offesa, ma non solo: trovano spazio all'interno del penale securitario moduli ibridi di penale-amministrativizzato, sottosistemi sanzionatori riconducibili alle misure di sicurezza e di prevenzione, normative estensive della tradizionale area di tipicità penale³⁵, ma anche linee politiche-criminali che privilegiano l'autotutela secu-

³⁴ Sul punto vedi PALIERO, *L'Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminologia*, 2012, 109 ss.

³⁵ Si pensi da ultimo al reato di furto in privata dimora: la *ratio* della previsione di cui all'art. 624-bis c.p. "è quella della tutela della sicurezza fisica della vittima che si trovi all'interno di luoghi nei quali essa soggiorni, sia pure per breve tempo, per attività privata" (così Cass. pen., Sez. IV, 13 novembre 2014, n. 51749). Alla base della figura coniata nel 2001 (ma anche della precedente aggravante prevista dal vecchio art. 625 n. 1 c.p.) sta infatti un'esigenza di tutelare la c.d. sicurezza domestica della persona offesa. Il maggior disvalore della fattispecie dipenderebbe proprio dalle evidenti ripercussioni securitarie (dunque ultrapatrimoniali) di questo tipo di furto, che si caratterizza per una maggiore gravità dell'offesa, ma soprattutto per un maggiore allarme sociale. Si tratta infatti di una modalità di realizzazione del furto che suscita "un senso di frustrazione e di insicurezza di rilievo ben superiore allo stretto danno economico", delineando altresì una più elevata pericolosità dell'agente, il quale non arretra di fronte alla possibilità di ritrovarsi davanti alla vittima.

ritaria, attraverso l'ampliamento degli spazi di legittima difesa³⁶.

Convergono nella dimensione securitaria peraltro l'area del rischio penale ed il precauzionismo normativizzato dal principio di precauzione, oltre ai reati di pericolo ed il comparto della prevenzione penale.

Se la modernità ha segnato il passaggio dal "concetto di pericolo nel diritto penale" al "diritto penale del pericolo"³⁷, la post-modernità evidenzia dunque la transizione della sicurezza penale nel diritto penale della sicurezza.

La sicurezza postmoderna non rappresenta in tal senso né un interesse sovraordinato, né un diritto soggettivo specifico e definito, ma la condizione preliminare del godimento pieno ed effettivo di tutti i diritti³⁸: assume perciò la dimensione di un bene giuridico totalizzante e trasversale, difficilmente delimitabile.

Il carattere indefinito, asistematico ed atecnico del paradigma securitario penale contemporaneo risente in realtà - come vedremo - della traduzione sul piano punitivo delle dinamiche securitarie provenienti dai circuiti sociali e mass-mediatici, assunti come modelli politico-criminali: ecco che la fattispecie securitaria postmoderna confluisce in un "topos immaginario della *sicurezza collettiva* che ha come bene finale di copertura niente meno che il *Grundre-*

La più elevata pena comminata dall'art. 624-*bis* c.p. (in specie, si passa dalla reclusione da sei mesi a tre anni prevista per il furto semplice alla pena della reclusione da uno a sei anni: un aggravamento assai rilevante, ora non più suscettibile di giudizio di bilanciamento), pertanto, si giustifica in relazione all'esigenza di reprimere fatti di furto che destano maggiore allarme sociale, configurandosi come di per sé pericolosi non solo per il patrimonio, ma anche per la persona offesa, ossia per l'integrità fisica e psichica dell'individuo; non è un caso, del resto, che il furto in abitazione sia stato accostato al c.d. furto con strappo, in cui il pericolo per la persona creato dal fatto di furto è certamente più evidente. Vedi sul punto BERNARDI, *Le sezioni unite ridefiniscono la nozione di privata dimora ai fini dell'art.624 bis c.p.*, in *Dir.pen.contemporaneo*, 7-8/2017, 227 ss.

³⁶ Viene al riguardo, messo opportunamente in evidenza il rapporto che lega la legittima difesa al tema securitario hobbesiano: "in via generale, le necessità di difesa (nel senso più lato) da aggressioni future sono affidate allo Stato, il grande Leviatano detentore del monopolio della forza. È questa la risposta che il nostro mondo dà al problema hobbesiano: come assicurare ordine, protezione, sicurezza, condizioni per la cooperazione. L'autotutela privata ha una ragion d'essere là dove l'intervento del Leviatano sia in concreto impossibile: la tutela affidata all'autorità statale ritorna nelle mani dell'avente diritto quando, in concreto, non sia dato attendere l'intervento della pubblica autorità senza pregiudizio per il diritto aggredito". Ecco che viene fuori il paradosso postmoderno dell'ampliamento dei confini della legittima difesa insieme all'ampliamento dei poteri securitari dello Stato e del penale securitario. La parte virgolettata è di PULITANO', *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Riv.trim.pen.contemporaneo*, 4/2017, 262

³⁷ Vedi sul punto HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991, 109 e ss.

³⁸ Definisce la sicurezza "una precondizione dell'esercizio e della conservazione pressochè di tutti gli altri diritti", ed in tal senso "un valore quasi originario di pretesa verso lo Stato", DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, cit., 15.

chtsgut della vita dei cittadini”³⁹.

Ciò significa legittimare sul piano sistematico e dommatico, il prevalere del reato di pericolo sul reato di danno, il primeggiare di un giudizio incentrato sulla pericolosità del reo e/o dell’azione rispetto ad un giudizio basato sulla materialità-lesività dell’offesa: si prospetta in tal senso, il disconoscimento di gran parte dei principi formali e garantistici del sistema penale liberale dello Stato di diritto.

Principi che, costruiti e legittimati da un impianto penale repressivo imperniato sull’illecito materiale e sul giudizio di colpevolezza sul fatto, mal si adattano ad un ordinamento securitario-preventivo tarato sui concetti di pericolo e pericolosità, ovvero su giudizi prognostici retti da una colpevolezza di tipo presuntivo.

1.3. Il penale securitario come epifenomeno dei mutamenti socio-politici della postmodernità: la sicurezza penale fra insicurezza ed intolleranza sociale.

“I mutamenti in atto nel modo di sentire il bisogno di sicurezza” riflettono contingenze “sociali e storiche rispetto alle quali il diritto resta un epifenomeno”⁴⁰, o se vogliamo una sovrastruttura: sono queste situazioni sociali che spostano la legittimazione giuridica dello Stato verso una maggiore possibilità di aggressione dei diritti individuali in nome della sicurezza collettiva”⁴¹.

La vocazione securitaria dell’attuale sistema penale appare in tal senso l’effetto, più che la causa⁴², della destabilizzazione dei precedenti equilibri geo-

³⁹ Così PALIERO, *L’Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 109. Si esprimono nello stesso modo DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 3558 ss.; PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., 805 ss.; PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 547 ss.

⁴⁰ L’attuale emergenza securitaria affonda le sue radici nella convergenza di plurimi fattori di allarme sociale ed insicurezza sistemica della società postmoderna, rispetto ai quali il comparto giuridico, ed il diritto penale, restano per l’appunto, epifenomeni: l’irrompere del terrorismo internazionale; l’immigrazione clandestina assurta a dimensioni d’eccezionalità; la crisi economica derivante dalla fine di un ciclo virtuoso economico-produttivo occidentale che aveva visto la realizzazione di un modello sociale di tutele allargate; la perdita di centralità della politica sociale dello Stato post-moderno; la finanziarizzazione dell’economia e i massicci influssi della finanza sugli equilibri geo-politici globali; la crisi della sovranità statale e della rappresentanza politica sul piano nazionale ed in generale, la trasmutazione della *governance* dei processi politici e sociali dal piano locale ad una dimensione transnazionale. Vedi FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, in AA.VV., *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Milano, 1996, 13 ss., 69 ss., 75 ss., 88 ss. Sul punto vedi pure MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit., 69 ss. COCCO, *L’eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, cit., 2 ss., 13 ss., 28 ss.

⁴¹ Così DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, cit., 14 e 15.

⁴² Effetto che tuttavia può essere anche considerato con-causa: basti pensare alla trasposizione che il paradigma securitario effettua dal penale del fatto al penale d’autore; viene al riguardo autorevolmente

politici ed economici, che hanno condotto allo smantellamento delle politiche solidaristiche e promozionali dei diritti dello Stato sociale da un lato, ed allo svuotamento delle garanzie dello Stato di diritto dall'altro⁴³.

La crisi socio-economica del nuovo millennio converge con "i rinnovati movimenti di *law and order*, il riemergere delle tentazioni nazionali ed internazionali verso un diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*, Stati canaglia, modello Guantanamo)⁴⁴, l'eterno ritorno delle concezioni simboliche ed espressive della pena, unite o meno alle ideologie della funzione neutralizzatrice del carcere"⁴⁵.

La confusione fra scopi penali e intolleranza sociale non è del resto un fenomeno nuovo, dal momento che "il diritto penale costituisce per definizione l'intervento giuridico più intollerante dello Stato: quello dove si tracciano i limiti dell'accettazione pluralistica di etiche e visioni produttrici e giustificatrici di risultati lesivi, che solo l'adesione ad un'etica particolare potrebbe rendere comprensibili. La sua cultura, nei secoli, non è stata quella di difesa del pluralismo e della tolleranza, ma di definizione delle soglie di intolleranza"⁴⁶.

Il penale moderno ha tuttavia distinto sul piano tecnico-donnatico, l'intolleranza sociale (suscitata da un determinato comportamento o preggio ancora da categorie personologiche), dalle soglie di disvalore sociale meritevoli di sanzione penale: il *nullum crimen sine actione* delimita sin dall'illuminismo l'offesa penale all'interno di un materialismo, formalizzato dalla riserva di legge, non permeabile ai criteri sostanzialisti e soggettivisti della tolleranza (o della intolleranza) sociale⁴⁷.

Criteri che trasformerebbero il formalismo ed il materialismo del fatto tipico in variabile sociale, traducendo l'illecito penale in una fattispecie aperta: la

evidenziato che nei "corpi normativi" securitari si assiste alla divaricazione fra "tipo d'autore" e "tipo di fatto". Vedi sul punto MANNA,, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. Pen.*, 2011, 2, 446.

⁴³ Sul punto vedi FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, cit., 63 ss.

⁴⁴ Declinazioni del penale del nemico variegata, che sono poi proseguite nella criminalizzazione della immigrazione più o meno clandestina, laddove il nemico veniva di volta in volta identificato con l'immigrato, l'extracomunitario, l'irregolare, il clandestino ma anche nella criminalizzazione del tossicodipendente, l'alcolizzato, ecc ecc.

⁴⁵ Così DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 10 e 11.

⁴⁶ Così DONINI, *op. ult. cit.*, 24

⁴⁷ La centralità del *nullum crimen sine actione* ai fini della distinzione fra un penale personologico, incentrato sul tipo d'autore, ed un penale del fatto di marca liberal garantista è da ultimo evidenziata in AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisdizione penale*, in AA.VV., *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove morali di Stato. Il diritto penale economico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi*, a cura di Cocco, cit., 81.

contaminazione delle fonti formali penali con criteri *extra*-penali ed *extra*-giuridici, significherebbe in ultima analisi, degradare la legalità in senso formale a principio sostanzialistico.

Al contrario, le necessarie delimitazioni formali dell'intervento penale distinguono con chiarezza la sicurezza (insicurezza) di tipo sociale, derivante da fenomeni e variabili congiunturali di tipo socio-economico, dalla insicurezza derivante da fenomeni criminali.

Nello Stato moderno, strutturato sulla separazione dei poteri, spetta evidentemente al legislatore perimetrare i confini del paradigma securitario riservato al penale, secondo soglie normative informate all'offensività, bilanciate sui diritti di libertà⁴⁸.

Senonchè quelle che apparivano sino al finire del secolo scorso, le granitiche certezze garantiste del penale liberale inserito in uno Stato di diritto, oggi vengono messe in discussione⁴⁹.

Le torsioni del modello liberal-garantista dello Stato di diritto derivano in parte, dal pressante influsso del diritto comunitario, evocativo del venir meno dell'esclusività della sovranità statale e del principio di territorialità penale⁵⁰. A ciò si aggiunge la rilevante espansione del ruolo giurisdizionale⁵¹, che ha di fatto sostituito la componente legislativa, o almeno si è ad essa sovrapposta, quale produttore di norme penali⁵².

⁴⁸Sul punto vedi HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., 59 ss., 71 ss.; PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale fra sicurezza e libertà*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., 106 ss.

⁴⁹Sui difficili rapporti fra paradigma securitario e Stato di diritto vedi PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale fra sicurezza e libertà*, cit., 108 ss.

⁵⁰Vedi FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, cit., 63 ss.

⁵¹La crisi (del potere e) della funzione legislativa si è cronicizzata, all'indomani di Tangentopoli, allorchè ad una componente politico-legislativa poco incisiva, e quasi mai all'altezza delle competenze richieste, ha fatto da contraltare l'ampliamento del ruolo e del potere della giurisdizione penale che, in sede applicativa/interpretativa, ha eluso i parametri restrittivi della responsabilità penale, pur formalizzati da principi garantisti dotati di effettività/vincolatività. La "evidente preminenza del potere giudiziario" nel penale contemporaneo viene recentemente affrontata nelle sue variegate articolazioni, secondo una prospettiva d'analisi che vede l'affermazione del potere giurisdizionale come risultato di una pluralità di fattori concomitanti, fra loro intimamente intrecciati. Vedi al riguardo MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit., 16 ss., 33 ss.

⁵²La funzione creativa del giudice penale, causa ed effetto della erosione della legalità formale, viene recentemente analizzata unitamente alla trasformazione in senso etico-potestativo della funzione giurisdizionale. Alla progressiva conquista da parte della magistratura di spazi propri del potere politico e legislativo *tout court*, s'accompagna l'assunzione di un ruolo sovraordinato di stampo etico, che rende il magistrato penale una sorta di guardiano dei costumi morali e degli orientamenti dell'etica pubblica. Una siffatta analisi si giova dell'inquadramento organico dei punti che, a partire da Tangentopoli, hanno consentito la trasformazione dell'"ordine giudiziario" costituzionalmente previsto in "potere autonomo": la crisi della funzione legislativa e la "disarticolazione dei poteri dello Stato", la crisi del principio di stretta legalità e la "frammentazione del penale in una serie di sottosistemi". Nel venir me-

A questi macro-fattori di instabilità sistemica, s'accompagna lo scadimento tecnico-donnatico e lo svuotamento della democraticità del processo legislativo di stampo parlamentare, che dovrebbe filtrare il ricorso alla norma penale secondo criteri di meritevolezza e sussidiarietà di pena⁵³.

E' su questa crisi profonda del penale liberal-garantista che s'innesta il paradigma securitario postmoderno, strutturato su tecniche e modelli d'incriminazione che sembrano perdere, insieme alla dimensione formale del fatto tipico informato alla materialità dell'offesa, i parametri di razionalità e ragionevolezza della pena, per acquisire una connotazione interamente sanzionatoria per un verso, simbolico-rassicuratoria dall'altro.

Muovendo dal superamento del formalismo e del materialismo della fattispecie penale, ovvero dalla destrutturazione dei perni del penale moderno⁵⁴, la (tutela della) sicurezza penale postmoderna ripropone come vedremo, le componenti pre-giuridiche di un paradigma securitario naturalistico⁵⁵, ovvero

no di una legge penale qualificata in senso formale e filtrata da un processo democratico di produzione, si manifesta il definitivo sgretolamento del principio di legalità formale, che nella rigidità del sistema di fonti penale incarnato dalla riserva di legge, traeva la sua *ratio essendi* liberal-garantista. Viene peraltro dimostrato che l'espansione delle funzioni della magistratura penale si sia (consapevolmente) giovata dell'ingresso della CE fra i produttori (indiretti) di norme penali, inserendosi nei "continui conflitti fra giurisprudenza nazionale e comunitaria". Per approfondimenti sui vari punti menzionati si rimanda a MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit. 15 ss., 23 ss., 33 ss., 44 ss., 54 ss., 62 ss. Sul concetto di giustizia potestativa e sulla distinzione fra carattere ordinativo e potestativo del diritto vedi per tutti Cfr. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 14 e 15.

⁵³ Se per alcuni il gigantismo del potere giurisdizionale è la diretta conseguenza del nanismo legislativo, la dottrina più consapevole, pur rintracciando una pluralità di cause nell'ampliamento delle funzioni della giurisdizione, identifica il problema dell'erosione del principio della sottoposizione del giudice alla legge penale, nella trasformazione in senso potestativo della giurisdizione. Allorchè non si configura più un "ordine giudiziario" ma un "potere giudiziario" si nega implicitamente "la fondamentale norma costituzionale, per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge". La magistratura intesa come potere disattende infatti gli equilibri fra poteri impressi dalla Carta Costituzionale che identifica il potere legislativo ed esecutivo come gli unici poteri legittimi, in quanto legittimati dalla volontà popolare ad esercitare scelte politiche, dunque discrezionali: ciò dal momento che "il concetto di potere è sinonimo di *imperium*" e costituisce in un sistema democratico derivazione della "volontà popolare". Sul punto vedi la articolata analisi di MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit., 33 ss.

⁵⁴ Viene autorevolmente affermato che "a partire dai pacchetti sicurezza si è consolidata una radicale trasformazione di quelli che sono i caratteri e i principi del diritto penale classico o illuminista". Per approfondimenti si rimanda a MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 446

⁵⁵ Tradizionalmente legata ai pericoli ed alle minacce del vivere comune, la sicurezza pre-moderna s'intreccerà alla vulnerabilità di un individuo debole e disarmato di fronte alla natura, "avvertita come realtà che giganteggia con i suoi fatti primordiali sulla dimensione umana": da ciò l'"intenso reicentrismo, ossia il primato delle cose sui soggetti, che dominò indiscusso" la dimensione securitaria del XII e XIII secolo, forgiando l'impianto naturalistico del diritto feudale. Così GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 136; ID., *Medioevo e modernità: le diverse fondazioni di due civiltà giuridiche*, in www.treccani.it.

di una sicurezza primordiale e sostanzialistica che inclina verso la dimensione antropologica e tribale della *securitas* premoderna⁵⁶.

2. La tutela penale della sicurezza pubblica fra (esigenze di) rassicurazione sociale e declinazioni autoritarie. La “perenne emergenza”⁵⁷ securitaria: cenni al D.L. 20 febbraio 2017 n.14 ed al D.L. 4 ottobre 2018 n. 113.

Il prepotente ritorno della sicurezza sulle scene penali in tempi di crisi⁵⁸, non sorprende, considerando che la *securitas* è il valore/interesse che più di ogni altro, incarna la funzione di rassicurazione delle paure sociali e di polarizzazione delle componenti identitarie, sottese allo *Stralbedürfnis*⁵⁹: orientata al soddisfacimento di bisogni emotivo-irrazionali del corpo sociale, la dimensione securitaria della pena acquista significati prettamente simbolici che la svincolano da modelli di efficienza e ragionevolezza⁶⁰.

⁵⁶ Il termine *securitas*, che si raccorda al latino “*sine cura*” (senza preoccupazione), assunse nel medioevo variegata sfumature di significato, che rispecchiarono l’ “intreccio strettissimo fra il piano religioso, giuridico e antropologico” che permeò il diritto, i valori, i costumi sociali e la cultura dell’epoca. La sicurezza pre-moderna evocò dunque motivi rituali e simbolici cui corrisposero declinazioni giuridiche eterogenee e persino contraddittorie. Sul punto vedi GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., 136; ID., *Medioevo e modernità: le diverse fondazioni di due civiltà giuridiche*, in www.treccani.it, La (tutela della) sicurezza penale postmoderna, nella misura in cui abbandona i modelli formalisti e materialisti del penale moderno, ripropone le componenti pre-giuridiche della sicurezza naturalistica, ovvero di una sicurezza primordiale e sostanzialistica che inclina verso la dimensione antropologica e tribale della *securitas* premoderna. Paradigma securitario che nella realtà comunale del XII e del XIII secolo, sarà rielaborato e ricomposto all’interno di un ordine normativo che raccorda sicurezza e disciplinamento sociale. Vedi sul punto SBRICCOLI, *Nox quia nocet. I giuristi, l’ordine e la normalizzazione dell’immaginario*, in *La notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna*, a cura di Sbriccoli, Firenze, 1991, 9 ss e 15-16 ss; ID., *Giustizia criminale, Giustizia criminale*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2005, 166. ZORZI, *La trasformazione di un quadro politico. Ricerche su politica e giustizia a Firenze dal Comune allo Stato territoriale*, Firenze, 2008, 185 ss.

⁵⁷ Si riprende l’efficace espressione di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., *passim*.

⁵⁸ Sul punto vedi FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, cit., 63 ss.

⁵⁹ Sulla pena come momento di canalizzazione delle paure e delle insicurezze sociali contemporanee, raccordate ad una politica criminale spettacolarizzata che, al pari della politica *tout court* “*opera scelte fondate sull’opinione*» vedi PULITANO’, intervento in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016, 3

⁶⁰ Sulla pena (dottrine, teorie ed ideologie) vedi per tutti FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 314 ss. Sulla pena secolarizzata dall’illuminismo e sulla sua evoluzione, nonché sulla funzione della pena in rapporto ad una sistematica teleologica vedi MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 39 ss. Per una ricostruzione delle prospettive attuali, sulla funzione della pena vedi, fra gli altri, DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2013, 1167 e 1168. DOLCINI, *La pena in Italia*,

La pena adoperata in senso rassicuratorio è evidentemente una antinomia, che assume fondamento politico-criminale e funzionalità (utilitaristica) nella sua declinazione securitaria, in momenti di allarme ed insicurezza sociale. “Quando si è sgomenti, la razionalità dello scopo entra in corto circuito: si ricorre alla criminalizzazione senza avere altro bisogno che di tacitare la paura”⁶¹. Se la paura dell’estraneo, inteso come altro da sé, rimanda al bisogno di sicurezza ancestrale⁶², la paura dell’ignoto rappresenta “la fonte privilegiata della sacralizzazione della pena che il diritto penale preilluministico ci ha lasciato in eredità”⁶³.

Non sorprende dunque che, in momenti di forte disagio e disorientamento popolare, il potere legislativo affidi le risposte di rassicurazione sociale al potere punitivo anziché alla buona politica ed all’efficace azione amministrativa o alla giustizia civile: “di tutti i rami dell’ordinamento”, è il diritto penale “quello più segnato da bisogni di controllo dell’irrazionale”⁶⁴.

L’apparato punitivo adempie da sempre al contenimento delle pulsioni aggressive ed emotive dell’irrazionalità, convogliando le paure e le insicurezze collettive – attraverso la minaccia di pena – in un sistema di ordine (e disciplinamento) sociale che, oltre ad essere rassicurante per il corpo sociale, rassicura il potere stesso, garantendo la *conservatio ordinum*.

A fronte della crescente paura verso l’estraneo e dell’intolleranza verso il diverso, i modelli della prevenzione e della difesa sociale post-moderni tendono ad introitare nella fattispecie penale la dimensione ancestrale e brutale del bisogno di pena. Assolvendo a funzioni di rassicurazione sociale calibrate sull’irrazionalità dello *Strafbedürfnis*, il paradigma securitario post-moderno s’allontana dalla razionalità punitiva e dal formalismo penale dello Stato di diritto, e vira verso le logiche del penale di guerra e del nemico⁶⁵.

oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, 1073 ss.; EUSEBI, *La pena in crisi*, Brescia, 1990, 145 ss.; MONACO, Prospettive dell’idea dello “scopo” nella teoria della pena, Napoli, 1984, 20 ss.; 221 ss.; PALIERO, *L’economia della pena (Un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1336 ss.; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1960), in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1997, 1372

⁶¹Così DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 20.

⁶²Bisogno di sicurezza primaria che nella rassicurazione trova un fattore-identitario.

⁶³Così DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 20. Vedi sul punto COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del ‘sacro’*, cit., 108

⁶⁴ Così DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, cit., 12.

⁶⁵ In argomento vedi per tutti DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 871 e ss.; MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, cit., 473; VIGANO’, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., 687.

Un percorso che compromette il corretto bilanciamento fra il diritto alla sicurezza ed i principi liberal-garantisti d'estrazione costituzionale, primo di tutto il diritto alla libertà individuale⁶⁶, la cui tutela nei confronti del potere e dell'apparato punitivo statale rappresenta una "garanzia per gli autori (del reato) ed una tutela per le vittime"⁶⁷.

L'offesa penale viene così svuotata della componente dommatica e tecnico-giuridica, - ovvero da un disvalore catalogato e tipizzato secondo parametri definiti e riconoscibili, oggettivi ed informati ad *extrema ratio* e proporzionalità, - per transitare in un universo di valori (e disvalori) simbolici e meta-giuridici⁶⁸.

La (tutela della) sicurezza crea del resto una contaminazione, anzi un'osmosi, fra la dimensione tecnico-dommatica dell'offesa e scopi politico-criminale di tipo simbolico⁶⁹, poiché la sicurezza stessa è una categoria simbolica che richiama il bisogno securitario ancestrale e primordiale dell'essere umano⁷⁰, ma anche il paternalismo del garante della sicurezza⁷¹.

Ciò spiega in parte l'effetto catartico e taumaturgico, che la nostra politica riconosce alle "norme a tutela della sicurezza pubblica"⁷² formula-mantra che, da vent'anni circa, contrassegna i decreti-legge della tolleranza zero che si rincorrono con inalterata urgenza e prevedibile inefficacia. Consuetudine che proprio in questi giorni è stata reiterata dal D.L. 4 ottobre 2018 n. 113 ("Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione e sicurezza pubblica")⁷³ che segue il D.L. 20 febbraio 2017 n.14 (cd. Pacchetto

⁶⁶Il problema viene posto nei termini di una "tensione tra sicurezza e costituzione" da DEMURO, *Il diritto penale del nemico e i diritti fondamentali nell'era del terrorismo*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di Bernardi, Pastore, Pugiotto, Milano, 2008, 151 ss

⁶⁷Così DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 11.

⁶⁸Cfr MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit., 117 ss.

⁶⁹Sul punto vedi GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 136; SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 166.

⁷⁰Sul punto vedi GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 136

⁷¹Se è pacifico che la garanzia di sicurezza incarna un ruolo socio-politico, prima ancora che giuridico, meno battuta per il penalista è l'analisi delle componenti biologiche e psichiche che proiettano l'essere umano alla ricerca di sicurezza, dunque alla rassicurazione delle sue paure primarie. Il bisogno di sicurezza traduce in tal senso un'esigenza ontologica, biologica e psichica dell'essere umano. La percezione di sicurezza (*Sicherheitsbewußtsein*) originaria deriva dalla rassicurazione affettiva e biologica che contiene e/o neutralizza l'insicurezza ontologica neonatale, assicurando l'equilibrio psichico. Sul punto vedi FREUD, *Progetto di una psicologia* (1895), (trad. it), Milano, 222 ss.

⁷²Vedi sul punto MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 446

⁷³D.L. 4 ottobre 2018 n. 113 ("Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'orga-

Sicurezza Minniti).

Si tratta di una serie ininterrotta di Decreti che raccordano l'uso massiccio del diritto penale ad una prevenzione securitaria variegata: asse portante di questo impianto composito è la tutela di una sicurezza-ordine pubblico di tipo identitario, polarizzata sul contrasto alla immigrazione clandestina⁷⁴ da un lato, alla criminalità di sussistenza dall'altro⁷⁵.

Linee politico-criminali che partono dal D.L. 25 luglio 1998 n.286 ed approdano al recentissimo D.L. 4 ottobre 2018 n. 113 che affronta il problema immigrazione al Titolo I, dedicandole quasi la metà dell'articolato, ovvero 15 dei 40 articoli previsti⁷⁶.

nizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata).

⁷⁴ Sul punto vedi per tutti CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit. Dir.*, 2013, 1, 17 ss.; FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati* (note a margine della legge n. 94/2009), in *Questione giustizia*, 2009, 5, 11, GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 189 ss.; PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, 15 ss. Per un'analisi del penale dell'immigrazione clandestina sul piano delle garanzie, con particolare riferimento ai pacchetti sicurezza 2008 e 2009 si rimanda a MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457.

⁷⁵ Tendenza politico-criminale inaugurata dal D.L. 25 luglio 1998 n.286, convertito nella legge 6 marzo 1998 n. 40, e proseguita dalla legge Bossi-Fini del 30 luglio 2002 n.189 per poi assumere cadenza costante: ad ogni legislatura ha fatto seguito un decreto legge in materia di sicurezza materiale-ordine pubblico

⁷⁶ La legislazione penale degli ultimi vent'anni è avvitata sul contrasto all'immigrazione clandestina, secondo un modello penale che identifica nell'extracomunitario un nemico da sconfiggere, ovvero un *extraneus* pericoloso da rimuovere dal territorio nazionale, anche limitandone preventivamente la libertà. Basti pensare alla istituzione dei centri di permanenza temporanea (CPT), da parte del D.L. 25 luglio 1998 n.286, convertito nella legge 6 marzo 1998 n. 40 (cd. Legge Turco-Napolitano). Si tratta di veri e propri campi di detenzione in cui vengono raccolti gli stranieri "sottoposti a provvedimenti di espulsione e o di respingimento con accompagnamento coattivo alla frontiera non immediatamente eseguibile". Il D.L. 25 luglio 1998 n.286, oltre ad istituire i CPT all'art.12, ha strutturato il Testo Unico delle disposizioni circa la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello Straniero. In materia interverrà poi la legge del 30 luglio 2002 n.189 (cd. legge Bossi-Fini) a cui si deve l'art. 14, co. 5 ter t.u.imm che, sanzionando l'inottemperanza dello straniero extracomunitario all'ordine di espulsione, rappresenta la norma penale che più di ogni altra ha contribuito alla carcerizzazione dell'immigrato. Sulla medesima strada hanno proseguito i Pacchetti sicurezza' del 2008 e del 2009 (D.L. 23 maggio 2008 n.92, "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, e D.L. 2009), introducendo l'art. 10 bis t.u.imm., ovvero il cd. reato di clandestinità sanzionato (di fatto) con l'espulsione (nella misura in cui, la robusta pena pecuniaria comminata - ammenda da 5.000 a 10.000 euro - stante le ridotte capacità economiche dell'irregolare, assicurava il transito dalla sanzione pecuniaria all'espulsione). Al reato *de quo* si aggiunge l'aggravante comune per il reato commesso dagli stranieri irregolari (art. 61 n. 11 bis c.p.) Sul punto vedi per tutti BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008, 16 ss.; 30 ss.; GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpesta*, in *Riv.it. dir. proc.pen.*, 2009, 713 ss.; MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2009, 28, 44.

Si tratta di un paradigma securitario che - piuttosto che sanzionare condotte ed eventi, - identifica nuovi nemici, interni ed esterni⁷⁷, su cui canalizzare le insicurezze sociali, neutralizzando gli emergenti fattori di aggressività popolare: operazione politica che attrae consenso elettorale a buon mercato, tenendo peraltro lo *Strafbedürfnis* lontano dai gangli dei poteri forti.

La ricerca di sicurezza attraverso la pena diviene così un fattore di identità collettiva, che compensa la crisi delle politiche e dei valori sociali, polarizzando le ansie e le insoddisfazioni sociali su ceti e categorie marginalizzate, marchiate come socialmente pericolose.

2.1 La “sicurezza integrata” del D.L. 14/2017 come contenitore multifunzionale e multifattoriale di politiche-criminali irrazionali: la trasposizione della sicurezza sociale in sicurezza penale.

Allorchè il modello penale si allontana dalla razionalità tecnico-domatica ed apre ai motivi emotivo-irrazionali dello *Strafbedürfnis*, la linea di demarcazione fra sicurezza sociale e sicurezza penale si allenta: la pena piegata a finalità meta-giuridiche, non risponde più al principio di materialità e di offensività, ma a logiche rassicuratorie delle paure e del disagio sociale, che orientano il paradigma securitario verso una legalità sostanziale, anzichè formale.

La radicalizzazione della componente irrazionale del bisogno di pena, conduce il penale securitario a sanzionare una offesa parametrata sull'allarme sociale, piuttosto che sul pericolo concreto⁷⁸; sulla euristica della paura piuttosto che su parametri empirico-fattuali; sulle componenti irrazionali del bisogno di pena piuttosto che sulla meritevolezza e ragionevolezza della risposta punitiva: la norma securitaria accoglie dunque al suo interno rilevanti tassi di sicurezza primaria, che la orientano verso una dimensione sostanzialista del disvalore, piuttosto che all'interno di un perimetro formalistico che misuri la rilevanza

⁷⁷ Da ciò la costruzione di una normativa strutturata su tipi d'autore. Sul punto CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., 17 ss.; FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati* (note a margine della legge n. 94/2009), cit., 14 ss.; MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457; PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, cit., 4, 15 ss.

⁷⁸ Riferendosi ai pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, ed alla loro ricaduta sul pianto interpretativo, si evidenzia che “gli eventi relativi al *fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto* e soprattutto il *cagionare un grave e perdurante stato di ansia e di paura* si sottraggono alla verificabilità empirica”, necessaria “per testare la determinatezza della fattispecie incriminatrice”. Così MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457.

penale del fatto attraverso modelli razionali e deterministici .

Richiamando il delicato ingranaggio che lega diritto penale e potere sovrano, assieme ai limiti che separano il garantismo dall'autoritarismo penale, l'abbraccio fra sicurezza primaria e sicurezza penale mette in pericolo nella post-modernità il bilanciato equilibrio fra *potestas*⁷⁹ ed *ius puniendi*⁸⁰, segnalando come la maschera dell'ordine, della sicurezza e della prevenzione penale - se da un lato, appaga il bisogno securitario ancestrale - d'altro canto, cela il volto minaccioso ed autoritario, arbitrario e violento della giustizia penale, ovvero i tratti meno nobili - spesso sottaciuti dagli stessi operatori giuridici - che orientano il potere di punire⁸¹.

E' del resto innegabile che il potere politico si sia nutrito, nel corso dei secoli, di motivi securitari (veri, apparenti o presunti) per giustificare - e rendere persino rassicurante - l'uso della forza e della violenza, legittimando il rigore sanzionatorio e la ferocia punitiva come medicina necessaria a garantire ordine e disciplina⁸².

Le variegate definizioni della sicurezza penale contenute nei cd. Pacchetti sicurezza⁸³, sono esemplificative del carattere indefinito, asistemico ed atecnico delle norme securitarie penali del nuovo millennio che paiono adottare come modello di penalizzazione e di politica-criminale le definizioni mass-mediatice e le semplificazioni populiste della post-modernità⁸⁴.

⁷⁹ Se ancora oggi la "spiegazione della pena è fondamentalmente politica, a differenza della teoria del reato, che presenta una razionalità costruttiva più coerente e indipendente", nel penale pre-moderno la pena fu manifestazione di *potestas* ed esercizio di dominio, piegando la costruzione del reato ad esigenze puramente potestative. Sul punto vedi GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 14 e 15.

⁸⁰ Il modello securitario non richiama in tal senso soltanto i modelli del diritto penale illiberale ed autoritario, ma anche quelli liberali e garantisti, dal momento che il "principio d'autorità è consustanziale al fondamento democratico" dello *ius puniendi* "quanto meno in termini di *Grundnorm* kelseniana che ne legittimi la *validità* genetica". Così PALIERO, *L'Agorà e il palazzo quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 95 che richiama KELSEN, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato* (1945), trad. it., Milano, 111 ss.

⁸¹ Il tema è da ultimo autorevolmente affrontato da MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit., 16 ss., 33 ss.

⁸² Sul punto vedi da ultimo DIDIER FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea* (trad.it) , Milano, 2018, 11ss.

⁸³ Per un'analisi della carenza definitoria delle nozioni incriminatrici dei pacchetti sicurezza 2008 e 2009 si rimanda a MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 446 ss, 448, 451, 457.

⁸⁴ Significativa al riguardo è la lettera del 15 luglio 2009 indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Presidente della Repubblica Napolitano che accompagnava la promulgazione della legge delle "Disposizioni in materia di pubblica sicurezza" del 2 luglio . Il Presidente della Repubblica, pur avendo "ritenuto di non poter sospendere la entrata in vigore di norme" securitarie, esprime "perplexità e preoccupazione" per i contenuti del pacchetto sicurezza e le tecniche legislative adoperate. I primi rilievi attengono all'utilizzo dello strumento del D.L. Per un'analisi complessiva della riforma vedi MARINUCCI, *Introduzione a Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di Cor-

L'espansione indefinita dell'area della punibilità attraverso il volano securitario sconta d'altra parte, sul piano della incongruenza sistematica e dell'inefficacia, la declinazione punitiva di una sicurezza dei diritti riservata alle politiche sociali: l'ininterrotta permanenza dell'emergenza securitaria e la perdurante incapacità di soddisfarla per via penale sembrano dimostrarlo con chiarezza, eppure il legislatore persiste nell'adozione di un paradigma punitivo che, nella ripetitività smarrisce razionalità ed efficacia.

La sicurezza, da bene giuridico si trasforma così in una sicurezza-slogan, una sorta di formula-magica in grado di lenire i problemi sociali.

Esemplificativo al riguardo il modello di "sicurezza integrata" recepito lo scorso anno dal D.L. 20 febbraio 2017 n.14⁸⁵.

Per "sicurezza integrata" il legislatore penale considera il "bene pubblico che afferisce alla vivibilità ed al decoro della città", funzionale alla "eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale", ma anche alla "prevenzione della criminalità" predatoria, in guisa da configurare una vera e propria "sicurezza del benessere"⁸⁶.

Si tratta di una sicurezza del decoro e della vivibilità che, travalicando il monocromatismo della sicurezza urbana, assume colorazioni tanto eterogenee sul piano assiologico, quanto asimmetriche sul piano teleologico.

Una sicurezza urbana ritenuta dal legislatore, funzionale alla eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, sovrappone evidentemente le funzioni promozionali dei diritti proprie delle politiche sociali, a paradigmi coercitivi e punitivi.

La sicurezza integrata del D.L. n.14/2017 rappresenta in tal senso una fedele conversione normativa del "*topos* immaginario di una *sicurezza collettiva*" del benessere, tanto ampia quanto astratta⁸⁷.

beta, Della Bella, Gatta, XXI ss. La lettera del 15 luglio 2009 del Presidente Napolitano è in appendice dello stesso volume, 527 ss

⁸⁵ Il D.L. 20 febbraio 2017 n.14 dà vita alla sistema della "*Sicurezza integrata*", ovvero "l'insieme degli interventi assicurati dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province autonome di Trento e Bolzano e dagli enti locali, nonché da altri soggetti istituzionali, al fine di concorrere, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all'attuazione di un sistema unitario e integrato di *sicurezza per il benessere delle comunità territoriali*." Sul punto vedi AA.VV., *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.contemporaneo* 5/2017; FORTE, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e "d.a.spo. urbano". Da una governante multilivello il rischio di una "repressione multilivello"*, in *Dir.pen.contemporaneo* 5/2017

⁸⁶ Le parti virgolettate sono riprese dal testo di legge.

⁸⁷ Sul punto vedi PALIERO, *L'Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 109. Si esprimono nello stesso modo DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 3558 ss.; PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., 805 ss.; PULITANO', *Sicurezza e diritto penale*, cit., 547 ss.

Come tutte le formule giuridiche consolidate attraverso provvedimenti normativi di tipo seriale, la “(tutela penale della) sicurezza pubblica” rischia dunque di ridursi in una formula vuota, un contenitore piuttosto che un contenuto, che sottrae al bene giuridico ogni carattere definitorio e delimitativo della punibilità.

Formula vuota, non significa tuttavia che si tratti di una formula neutra sul piano politico-criminale, tutt’altro.

La genericità dell’interesse tutelato, unito all’allentamento delle barriere formali e dei pesi-contrappesi istituzionali limitativi dell’area penale, rappresenta la spia del passaggio dalla tutela (bilanciata) di una sicurezza liberale, intesa come garanzia dei diritti, alla radicalizzazione del paradigma securitario, ovvero alla sua deriva autoritaria.

La declinazione pubblicistica dell’interesse e la sua consegna alle cure penali, segna lo stabile incontro fra (tutela della) sicurezza e (esercizio coattivo della) sovranità, rimandando all’idea hobbesiana di un ordine securitario stato-centrico retto dal monopolio della forza⁸⁸, ovvero di una *securitas* funzionale alla *potestas*⁸⁹.

3. La funzione securitaria della pena fra simbolismo e paternalismo: sicurezza identitaria e diritto penale del nemico.

Dietro ad i riti rassicuratori di leggi penali che promettono serenità e sicurezza sociale, si annidano dunque le pulsioni autoritarie ed etiche del paternalismo securitario dello Stato autoritario: basti pensare che il modello della tol-

⁸⁸ Così PULITANO, *Problemi della sicurezza e diritto penale*, cit., 1 ss.

⁸⁹ All’estensione della nozione di sicurezza penale e delle funzioni securitarie, corrisponde d’altra parte l’ampliamento dei produttori e dei gestori della sicurezza, secondo i classici riti della normativa penale auto-poietica d’urgenza che, nel sanzionare condotte violative di norme comando, moltiplica competenze e funzioni pubbliche. La “sicurezza integrata” del D.L. 20 febbraio 2017 n.14 ad esempio, amplia modi di intervento penale e competenze in materia di ordine pubblico. Ci troviamo di fronte ad un modello securitario altamente burocratizzato che - delegando “le linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata” ad una Conferenza unificata Stato, Regioni, Comuni - deroga di fatto (pur se l’art. 2 del D.L. adopera la locuzione “ferme restando”) al centralismo delle “competenze dello Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza” materiale. Il D.L. 20 febbraio 2017 n.14 delinea così una sicurezza penale multifunzionale e multilivello, investendo i Sindaci dell’area metropolitana di funzioni securitarie di tipo preventivo-penale: si creano in questo modo, nuove (improbabili) competenze e funzioni di controllo del territorio, vagamente riconducibili alla pubblica sicurezza affidate agli enti amministrativi decentrati, di cui pare difficile cogliere la congruenza sotto il profilo delle competenze, ma ancora più difficile è individuare la utilità ed i margini di attuabilità, stante la nota carenza di fondi e di organizzazione degli enti decentrati. Sul punto vedi AA.VV., *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, cit., *passim*; FORTE, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e “d.a.spo. urbano”. Da una governante multilivello il rischio di una ..”repressione multilivello”*, cit., 3 ss.

leranza zero tende a far convergere già sul piano lessicale, l'area della intolleranza sociale con quella della rilevanza penale, confondendo (come dimostrato dal D.L. 20 febbraio 2017 n.14) il materialismo dell'offesa penale con fenomeni perturbativi di ipotetiche soglie di benessere socio-economico, tarati su modelli ideali di integrazione sociale ⁹⁰.

Si entra così negli anfratti di politiche-criminali simboliche e regressive⁹¹, che incanalano il bisogno di sicurezza sociale in modelli preventivi, permeabili a logiche presuntive che inclinano verso la valorizzazione penale di paradigmi etico-morali: spingono in tal senso le dinamiche securitarie identitarie e dell'appartenenza (etnica, sociale, religiosa, economica) ⁹², ma anche le dicotomie securitarie dell'intraneità, contrapposta all'estraneità, alla base della differenziazione penale che distingue il sistema penale dell'amico da quello nemico⁹³.

⁹⁰Così DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 24

⁹¹Nel senso che si tratta di modelli politico-criminali che, originati da componenti emotivo-irrazionali, manifestano "una regressione ideale e culturale delle società occidentali, alimentata dalla paura per il diverso e insieme interpretata ed assecondata, come facile base del consenso, dai governi, dalla maggioranza delle forze politiche e dai media". Parla quindi di scelte di criminalizzazione riconducibili ad "una perdita della ragione" FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione"*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, cit., 172 ss

⁹²La sicurezza dell'identità e dell'appartenenza deriva dal carattere antropologico della dimensione securitaria rimanda alla componente simbolico-rituali della identità tribale: una sicurezza che unisce alla tutela fisica dei membri della *communitas*, i motivi identitari di una protezione che si regge sui vincoli familiari e sui rapporti amicali; una sicurezza dell'amicizia e delle alleanze che pretende omogeneità etnica, razziale, religiosa e sociale. Questo modello trova un immediato riscontro nella *securitas* medievale dell' *intra moenia* contrapposta all'insicurezza dell'*extra moenia*, che connota la sicurezza reicentrica feudale sulla base di dicotomie empirico-materiali che acquistano un profondo significato identitario nella misura in cui segnano il perimetro fisico della sicurezza, oltre il quale vige il pericolo e l'insicurezza. Allorchè pericolo ed insicurezza si identificano in estraneità fisica (dalla *communitas*) e quest'ultima è parificata alla inimicizia, il sistema securitario confina nemici ed estranei all'*extra moenia*. In ciò è racchiuso il significato simbolico della protezione securitaria medievale e tardo medievale, quale pratica inclusiva strutturata sull'unità e la coesione del gruppo sociale. In argomento vedi per tutti BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, Wien, 1965; (trad.it.) *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano, 1983, 26 ss., 369 ss.; ID., *Feudalesimo (1958)*, in *Per una nuova costituzionale e sociale*, Milano, 1970, 75 e ss., 201; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 75 ss., 83 ss; MARAVALL, *Del regimen feudal al régime corporativo*, in *Estudios de Historia del pensamiento español*, Madrid, 1967, 20 ss. MAYER, *I fondamenti dello Stato moderno tedesco nell'alto Medioevo* (1939), *Lo Stato moderno*, Bologna, 1971, 21-49; SCHIERA, *Introduzione a BRUNNER, Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, cit., XXX.

⁹³La pena moderna nasce dalla negazione della vendetta, ovvero dalle logiche feudali che radicalizzano il conflitto fra individui, fazioni e famiglie, conducendo alla eliminazione fisica dell'avversario, identificato in un nemico. In tal senso la "formula diritto penale del nemico...è una contraddizione in termini, che contraddice e dunque nega l'idea stessa del diritto penale. Il diritto penale, anzi il diritto

Si tratta della riproposizione dei canoni ideologici, politici e/o culturali di una sicurezza identitaria che – recepiti nel secolo scorso, dal nemico del popolo stalinista⁹⁴ e dal *Tätertyp* nazista⁹⁵ – affondano le loro radici nell’antropologia tribale e nelle dinamiche sociali premoderne, alla base della distinzione fra sicurezza dell’ *intra moenia* ed insicurezza dell’ *extra moenia*⁹⁶.

Distinzione risalente al modello securitario reicentrico di matrice feudale, che richiama le fortificazioni murarie che cingevano il *Land* austro-germanico, la città comunale ed il feudo-baronia francese fra l’XI ed il XIII secolo. Mura che separavano l’interno dall’esterno, garantendo la sicurezza degli intranei dai pericoli sia naturali che di derivazione umana. Nella dimensione naturalistica medievale, la *protectio* dell’ *intra moenia* traccia una linea di separazione

tout court, è infatti la negazione della guerra e quindi del nemico, essendo lo strumento mediante il quale i rapporti di convivenza trapassano dallo stato selvaggio allo stato civile e ciascuno è riconosciuto come cittadino e prima ancora come persona”. Così FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*”, cit., 166.

⁹⁴ Sul punto vedi FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*”, cit., 163 ss

⁹⁵ Cfr. DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940, 43. Per una ipotesi di riconversione del *Tätertyp* nel penale del fatto vedi BOCKELMANN, *Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken ?*, in *Mat StrRef. I*, 1954, 29. Per una ampia analisi delle problematiche del tipo d’autore riferite alla più recente normativa, comprensiva anche della caratterizzazione personologica dello “status di immigrato”, si rimanda ad AMBROSETTI, *L’eterno ritorno del tipo d’autore nella recente legislazione e giurisdizione penale*, in AA.VV., *Per un manifesto del neilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove morali di Stato. Il diritto penale economico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi*, a cura di Cocco, cit., 81 ss. Per approfondire il rapporto la normativa sull’immigrazione clandestina dei pacchetti sicurezza 2008 e 2009 e tipo d’autore, vedi MANNA, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d’autore*, cit., 446. *Contra* GATTA, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell’immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 11, 1334, che sostiene che il reato di clandestinità si muova nel solco di un diritto penale del fatto e non già del tipo d’autore, pur considerando la fattispecie in contrasto con il principio di sussidiarietà. Per un quadro d’insieme sulla disciplina dell’immigrazione nel pacchetto sicurezza 2009, vedi *Dossier, Speciale immigrazione* a cura di Pisa, in *Dir.pen.proc.*, 2009, *passim*.

⁹⁶ Il reicentrismo medievale configurerà una *securitas* rapportata alla *res*, ovvero una sicurezza tangibile che identifica, nell’ *intra moenia* il luogo della protezione e dell’inclusione sociale ovvero dell’appartenenza comunitaria/familiare e dell’amicizia, valori antropologici e tribali alla base della sicurezza primaria. Si tratta evidentemente di una sicurezza che unisce alla tutela fisica dei membri della *communitas*, i caratteri simbolici e rituali della identità tribale. Ciò implica la separazione fra i luoghi protetti e quelli pericolosi, gli spazi domestici ed interni alla *communitas* da quelli esterni: separazione che rimanda ad una sicurezza dell’identità e dell’appartenenza comunitaria tarata sulla *securitas* dell’ *intra moenia* che erge i confini materiali di protezione dal pericolo. Un confine fisico, oltre che ideale, protegge il dentro e lo separa dal fuori, distingue intraneo ed estraneo, amico e nemico. La carenza di *protectio* si tradurrà in tal senso automaticamente un meccanismo di esclusione del soggetto dalla *communitas* e dall’*ordo* (dall’*ordo religionis* come dall’*ordo civitatis*), cui si contrapporrà la condizione di protetto, membro della comunità. Sul punto GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., 75 ss., 83 ss.; BRUNNER, *Land und Herrschaft*. (trad.it.), *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell’Austria medievale*, cit., 26.

fisica, prima ancora che concettuale, fra il membro della comunità e l'escluso, l'intraneo e l'estraneo, l'amico ed il nemico.

Distinzione che, allentata dal penale moderno liberale d'estrazione illuminista⁹⁷, ritorna ogniqualvolta lo statuto penale del cittadino viene separato da quello dello straniero.

La declinazione del trattamento penale secondo logiche di intraneità ed estraneità, richiama i tratti di una distinzione personologica tra amico e nemico che capovolge lo schema del diritto penale del fatto, nella misura in cui il "nemico è punito per quello che è, non per quello che fa"⁹⁸.

La pena si traduce per questo verso in strumento di promozione di una sicurezza di tipo identitario che tende alla espulsione/eliminazione del corpo estraneo⁹⁹.

Queste considerazioni non rappresentano purtroppo un esercizio ricognitivo dei modelli penali illiberali preesistenti, ma rispondono al tipo personologico post-moderno dello straniero-immigrato, condannato - in un base ad una estraneità territoriale variamente articolata (etnica, razziale, sociale, linguistica ecc.) - ad uno *status* differenziato¹⁰⁰, che lo sottrae alle garanzie ed ai diritti del cittadino, secondo una "linea autarchico-nazionalista" di politiche dell'immigrazione, tradotte in modelli penali della sicurezza pubblica¹⁰¹.

⁹⁷La modernità penale si fa coincidere con la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 che proclamerà i diritti della cittadinanza, inseriti "nell'ordine giuridico-politico dello Stato-nazione". Il diritto di cittadinanza deriverà dallo *Ius soli* e *ius sanguinis* ovvero dalla "nascita in un certo territorio" e dalla "nascita da genitori cittadini": sono i criteri giuridici tradizionali che già dal diritto romano definiscono la cittadinanza. Interessante è il rapporto fra la sicurezza antropologica, intesa come integrità e genuinità del corpo sociale, lo *Ius soli* e lo *ius sanguinis* che rimanda al rapporto fra l' "innocua origine giuridica" del diritto alla cittadinanza e la sua ideologizzazione in chiave di difesa della razza: paradigma che sarà adottato nei "movimenti in senso proprio biopolitici" del XIX secolo e vedrà la sua aberrazione nel "sintagma *Blut und Boden*", essenza dell'ideologia nazionalsocialista. Per approfondimenti a riguardo vedi AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, 141 ss.

⁹⁸Così FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, cit., 167.

⁹⁹I meccanismi liquidativi del nemico sono esemplificati nel penale feudale e dal modello di pena negoziata medievale dalle procedure di espulsione/eliminazione del *Bannitus*, che mettono in luce le diverse stratificazioni spazio-temporali della *securitas* premoderna, rapportata alla brutalità della faida e della guerra privata; la condanna del bandito non deriva necessariamente da una pena e/o da un apparato punitivo ma dalla scelta della comunità sociale di disfarsi di un elemento di disturbo, confinandolo al di là dei luoghi fortificati, nella dimensione dell' *extra moenia*. Scelta che, per quanto condizionata dai potentatati e dai notabili del luogo, risponde alle logiche della sicurezza primaria, riprese dalla sicurezza naturalistica premoderna, che preserva il gruppo dall'estraneo, cioè da colui che si pone al di fuori degli spazi e delle regole (di sicurezza) della *communitas*.

¹⁰⁰Sul punto vedi per tutti MANNA,, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457.

¹⁰¹Si esprime in questi termini PISA, (Commento al) *le nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Dir.pen.proc.* 2/2011, 804. Questa linea (autarchico-nazionalista) assume "due momenti particolarmente significativi. Il primo è individuabile nel varo delle norme che hanno introdotto il reato

3.1 Sicurezza territoriale e criminalizzazione del corpo estraneo: il *Tätertyp* dello straniero-immigrato fra modelli penali e parapenali finalizzati all'espulsione.

“All'ideale classico di una giustizia come trattamento uguale, come *égalité*”, la (tutela della) sicurezza identitaria tradotta nel penale del nemico post-moderno oppone la “differenziazione penale, lato nascosto della giustizia uguale”, che “coltiva i distinguo, le sfumature, le soluzioni particolari, il trattamento diverso di situazioni che appaiono distinte e *in fieri* e che vanno affrontate in campo aperto, con strumenti duttili”¹⁰².

Al tipo criminologico dello straniero-immigrato è così riservato un trattamento penale differenziato, declinato in reati e sanzioni (a lui) dedicate, unitamente alla previsione di misure restrittive della libertà personale e di luoghi detentivi disegnati su misura.

Il *Tätertyp* dell'immigrato è destinatario di un giudizio di pericolosità sociale *ad hoc*, ex art. 235 c.p. o ai sensi dell'art. 15 del Testo Unico sull'Immigrazione: giudizio finalizzato alla misura di sicurezza dell'espulsione dal territorio dello Stato. Espulsione¹⁰³ che può peraltro essere disposta anche quale misura alternativa alla detenzione (art. 16, co. 5 t.u.imm), o in via diretta dal Prefetto quale conseguenza sul piano amministrativo, dell'irregolare

di immigrazione irregolare (art. 10 bis inserito nel T.U. immigrazione dalla l.15 luglio 2009 n.94) ed inasprito le pene per i reati di permanenza ed il reingresso illegale dopo un provvedimento di espulsione (art.14 commi 5 ter e 5 quater T.U). Il secondo momento- particolarmente indicativo dell'atteggiamento assunto nei confronti dell'Unione Europea - è rappresentato dal mancato recepimento, entro la data del 24 dicembre 2010m della Direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, concernente “Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”. In tal senso viene opportunamente evidenziato dall'autorevole dottrina citata, lo stretto rapporto intercorrente fra le linee di politica criminale dell'immigrazione adottate e l' “isolazionismo” politico riscontrato. Isolazionismo certificato dall' “intervento della Corte di Giustizia dell'UE che, con sen. 28 aprile 2011 ha demolito la parte più significativa delle norme penali volte a colpire, con pena detentiva, gli immigrati irregolari renitenti al rimpatrio” . Si esprime in questi termini PISA, (Commento al) *le nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, cit., 804.

¹⁰² Si esprime in questi termini DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 910 e ss.

¹⁰³ L'espulsione è sanzione riservata in via esclusiva allo straniero. Può essere ordinata sul presupposto della pericolosità sociale dello straniero (cioè della probabilità che torni in futuro a commettere reati), che il giudice penale può ordinare, *in primis*, quale misura di sicurezza, ai sensi dell'art. 235 c.p., in caso di condanna alla reclusione superiore ai due anni ovvero, ai sensi dell'art. 15 t.u.imm. (per i soli extracomunitari), in caso di condanna per un delitto per il quale sia previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza di reato. Sempreché, si intende, lo straniero sia ritenuto in concreto socialmente pericoloso.

presenza nel territorio dello Stato¹⁰⁴.

Si tratta delle conseguenze, sul piano sanzionatorio, di un lungo percorso normativo teso a distinguere il trattamento penale del cittadino da quello dell'*extraneus*, delineando un vero e proprio “progetto di esclusione” avviato nel 2002 e consolidatosi “con gli interventi del 2004 e del 2008”¹⁰⁵. Tutti testi ispirati dalla medesima *ratio* di gestione dei flussi migratori attraverso la predisposizione di un apparato repressivo sempre più duro nei confronti degli immigrati irregolari, veri protagonisti dell'*emergenza sicurezza* ed ormai da anni al centro dell'agone mediatico”¹⁰⁶.

I tasselli più significativi di questo impianto derogatorio (dell'uguaglianza) dei diritti confluiscono nel Testo Unico sull'Immigrazione¹⁰⁷, soggetto a continue modifiche ed integrazioni nel corso del nuovo millennio.

Si tratta di un complesso stratificato di norme penali ed amministrative che configura un “diritto penale a due velocità” che, distinguendo il penale del cittadino da quello dello straniero-extracomunitario, muove il sistema sanzionatorio “secondo direttive di politica criminale paternalistiche, eticizzanti ed altamente populiste”¹⁰⁸.

Modello antinomico ad un penale liberale orientato a garantire libertà ed uguaglianza, il Testo Unico sull'Immigrazione contiene le norme sul respingimento, (art. 10 T.U.) introdotte dall'art.8 della Legge 6 marzo 1998 n.40¹⁰⁹, e sull'ingresso illegale dello straniero (10-bis T.U.)¹¹⁰ inserite dal pacchetto sicurezza 2009¹¹¹.

¹⁰⁴ Al di fuori del sistema penale, d'altra parte, l'espulsione (disposta dal Prefetto) è la sanzione amministrativa dell'irregolare presenza nel territorio dello Stato. E' la sanzione che lo straniero, venuto nel nostro Paese in cerca di condizioni di vita migliori, teme di più.

¹⁰⁵ Per un'analisi delle ricadute sul piano delle garanzie dei pacchetti sicurezza 2008 e 2009 si rimanda a MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457.

¹⁰⁶ Così MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, cit., 28, 44. Al riguardo vedi pure BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?* in *Ind. Pen.* 2003, 491ss

¹⁰⁷ Più precisamente si tratta, ex D.L. 25 luglio 1998 n.286, del “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”.

¹⁰⁸ Sul punto vedi PELISSERO, *immigrazione e diritto penale*, cit., 28ss.,41

¹⁰⁹ L'art. 10 T.U. Immigrazione sul *respingimento*, opera a monte del 10 bis, una sorta di selezione: è la norma che si applica alla frontiera, quindi in un luogo logicamente anteriore a quello di applicazione del reato di ingresso illegale, che non si è ancora realizzato.

¹¹⁰ Sul punto vedi PELISSERO, *immigrazione e diritto penale*, cit., 28 ss.

¹¹¹ Sul pacchetto sicurezza 2009, vedi *Dossier, Speciale immigrazione* a cura di Pisa, cit., *passim*. Sull'art. 10-bis vedi PISA, (Commento al) *le nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, cit., 804. Cfr. pure CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in AA.VV., *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, a cura di Sorbetta, Della Bella, Gatta, 43 ss. ; RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in

Il reato di “ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato” - definito dall’art.1, comma 16, lett. a), l. 15 luglio 2009, n. 94, recante “disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, - rappresenta l’asse portante di un paradigma preventivo-securitario strutturato sulla criminalizzazione del migrante che raccorda la (tutela della) sicurezza territoriale dello Stato all’ordine pubblico, secondo un modello di pena declinato sulla tolleranza zero, costruito su canoni presuntivi di pericolosità sociale. Significativo è pure il reato di falsità nel titolo di soggiorno, di cui all’art. 5 comma 8-bis del T.U.Imm.¹¹², che rappresenta l’anticipazione della soglia di punibilità del titolo di soggiorno irregolare, che retrocede al momento della falsificazione: reato che la legge 94 del 2009 ha esteso alla “utilizzazione del visto” di ingresso o di reingresso, del permesso di soggiorno, del contratto di soggiorno o della carta di soggiorno e qualunque documento necessario al rilascio del visto di ingresso.

Il ricorso a tipi d’autore¹¹³, l’utilizzo di coefficienti soggettivistici nelle note modali del fatto, l’accentuata anticipazione della soglia di punibilità, il ricorso a nozioni burocratico-amministrative per legittimare regimi detentivi, la dilatazione della gamma di soggetti punibili (fino a ricomprendervi attraverso l’uso indiscriminato del concorso morale- figure di “fiancheggiatori” marginali), sono segnali di un approccio di politica criminale “differenziato”, modulato su un intervento penale accentuatamente preventivo .

Quest’impianto preventivo, - ricordato e all’art. 10-ter T.U. (introdotto dall’ art. 17 del D.L. 17 febbraio 2017, n. 13)¹¹⁴ ed all’art. 2 comma 1, del D.L. 4 ottobre 2018 n. 113 - delinea un sotto-sistema securitario che, oltre ad ampliare (ed anticipare) l’area della punibilità riservata al cittadino, legittima una sorta di detenzione presuntiva rispetto a responsabilità penali non accertate.

Il D.L. 113/2018 rafforza da ultimo il carattere derogatorio del (sotto-

Dir. Imm. Citt. 4/2009, 26 ss; ID., *Il reato di immigrazione clandestina e la costituzione*, in *Quest. Giust.* 5/2009, 165-178, che si sofferma sui profili di illegittimità costituzionale della fattispecie. Sul punto vedi pure BRICCHETTI, PISTORELLI, *L’ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al diritto* 34/2009, 32 ss; GATTA, *il ‘reato di clandestinità’ e la riforma della disciplina penale dell’immigrazione*, cit., 1334; PELISSERO, *immigrazione e diritto penale*, cit., 41 ss.

¹¹² Introdotto dalla Legge di “*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*” del 30 luglio 2002 n. 189. Sul punto vedi per tutti AA.VV., *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, a cura di Sorbetta, Della Bella, Gatta, 43 ss., 223, 225; MASERA, *“terra bruciata attorno al clandestino*, cit. 44, 59.

¹¹³ Sul punto vedi MANNA,, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d’autore*, cit., 446

¹¹⁴ A riguardo vedi MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti*, in *Dir.pen.contemporaneo*, 3/2017, 278 ss.

sistema) penale dell'immigrazione prevedendo all'art. 2 il prolungamento dei termini della detenzione amministrativa degli stranieri all'interno dei Centri di permanenza per il rimpatrio (Cpr), destinati a ospitare *ex art.* 14 del Testo unico, gli stranieri in attesa di espulsione¹¹⁵.

La costruzione di un penale dell'immigrazione discriminatorio è d'altra parte certificato dagli interventi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Costituzionale che hanno in parte corretto, in parte eliminato "una legislazione penale che aveva trasformato lo *status* di immigrato in un automatico presupposto per un aggravamento sanzionatorio"¹¹⁶ di reati diversamente sanzionate per il cittadino¹¹⁷.

Resta tuttavia saldamente in piedi l'impianto complessivo del penale dell'immigrazione che, in deroga ai principi costituzionali ed ai diritti fondamentali, pare finalizzato al respingimento ed alla rimozione del corpo migrante, vivo o morto che sia¹¹⁸.

L'allontanamento dello straniero (irregolare o clandestino) dal territorio statale va effettuato il prima possibile e con tutti i mezzi possibili, preferibilmente in forma coattiva¹¹⁹: ciò mostra l'inversione dei canoni garantisti di un paradigma securitario che si radicalizza nella difesa del territorio e del cittadino

¹¹⁵ L'art. 2 comma 1 del D.L. 4 ottobre 2018 n. 113 prevede un periodo massimo di trattenimento di 180 giorni nei Centri di permanenza, stante l'incidenza delle proroghe che il questore può richiedere ed il relativo incremento del termine iniziale di 30 giorni: ciò significa il raddoppio della detenzione precedentemente prevista di 90 giorni. Parimenti viene raddoppiato (dai 90 gg. precedenti) a 180 giorni il periodo di trattenimento presso le strutture carcerarie in seguito al quale lo straniero, dopo essere già stato privato della libertà personale per 180 giorni, potrà essere trattenuto per altri 30 giorni (prorogabili di ulteriori 15) in un Cpr nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio. Ancora, l'art. 3 del decreto in commento introduce due ulteriori ipotesi di trattenimento giustificate dalla necessità di determinare o verificare l'identità o la cittadinanza dello straniero richiedente protezione internazionale. La prima ha una durata massima di 30 giorni e si svolge negli appositi punti di crisi (i cd. *hotspots*), per la prima volta nominati all'interno di una fonte di rango primario dal d.l. n. 13/2017, che li ha disciplinati nell'articolo 10-ter comma 1 del Testo unico sull'immigrazione. Sul punto vedi DANIELE, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Dir.pen.contemporaneo*, 11/2018, 3 ss.

¹¹⁶ Si esprime in questi termini AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisdizione penale*, cit., 85 ss.

¹¹⁷ Sugli interventi della Corte Costituzionale sul penale dell'immigrazione clandestina si rinvia a MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457.

¹¹⁸ Per una analisi della pronunzie sull'art. 61 n.11 bis c.p. della Corte Costituzionale (Sent. Corte Costituzionale 8.7.2010 n. 249) vedi per tutti AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisdizione penale*, cit., 81 ss.

¹¹⁹ Ciò evidenzia la costruzione di un penale del nemico che trasforma l'idea garantista della pena liberale, nella pena come momento di una "lotta". Sul punto vedi FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, cit., 15, 93.

amico, contrapponendo armi penali improprie all'invasione del nemico.

Il riferimento a moduli di criminalizzazione strutturati sulla separazione fra territorio interno ed esterno, rimanda alla dicotomia intraneo/estraneo che differenzia il trattamento penale (garantista) riservato all' amico, da quello (il-liberale) perimetrato sul nemico.

Si delinea in tal senso una "mutazione sostanzialistica e soggettivistica del modello di legalità penale", nella misura in cui il penale del nemico incarna il carattere brutale di una pena concepita "*ad modum belli*", secondo i canoni del "*bellum iudiciale*" ed i contenuti etico-religiosi del "*bellum justum*"¹²⁰.

Si tratta di una regressione verso il penale premoderno che ha per effetto evidentemente, il crollo di tutte le garanzie della modernità¹²¹.

4. La sicurezza identitaria post-moderna fra dinamiche punitive pre-moderne e diritto penale del nemico: l'attualità della distinzione fra "sicurezza dell' intra moenia" ed "insicurezza dell'extra moenia".

Dietro la rassicuranti formula di "provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica", i pacchetti sicurezza - attraverso la criminalizzazione dell'immigrazione clandestina o della criminalità di sussistenza, - realizzano la immanente teleologia della tolleranza zero, tanto più compiutamente quanto più efficacemente separano "il grano dal loglio, i buoni dai cattivi, segnando differenze, erigendo confini"¹²².

¹²⁰ La conformazione di una pena costruita *ad modum belli* richiama l'origine brutale e vendicativa della giustizia feudale. La sua elaborazione dottrinale risale tuttavia al XVI secolo e può essere collegata alla volontà della monarchia di legittimare i tratti coercitivi e coattivi della pena comminata ai sudditi. Il concetto di "*bellum iudiciale*" recepirà i contenuti etico-religiosi della dottrina del "*bellum justum*" di Francisco de Vitoria (1483-1546) che legittimerà l'atto di guerra (e di violenza), qualora giusto. Sul punto cfr. DE VITORIA, *De iure belli*, Roma-Bari, 2005, 33 ss. Si occupa di recente del problema della "eticizzazione" e giustificazione del pena come strumento di una guerra giusta, EUSEBI, *Visioni della giustizia e giustificazioni della guerra*, in *Ha ancora senso parlare di guerra giusta? Le recenti elaborazioni della teologia morale*, a cura di Bresciani-Eusebi, Bologna, 2010, 109 ss.

¹²¹ Allorchè il delinquente e l'imputato, declinati su un tipo d'autore determinato, si trasformano in nemici, il diritto penale diventa uno strumento etico-potestativo funzionale all'affermazione della nuda *potestas puniendi* che "lotta" per affermare se stessa ed il suo apparato politico di riferimento. "Deformazione, che investe la natura del giudizio penale. Questa mutazione sostanzialistica e soggettivistica del modello di legalità penale all'insegna del nemico ha infatti per effetto il crollo di tutte le garanzie processuali. Se il delinquente e l'imputato sono nemici, il giudice a sua volta diventa "nemico del reo", trasformando il processo in momento di "lotta". Sul punto vedi FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, cit. 15, 93.

¹²² "L'antica espressione di nemico 'interno' può essere ancora impiegata non per attenuare la distanza che separa il criminale dal gruppo dei 'buoni', ma solo per distinguerlo da nemici appartenenti a ordinamenti politici diversi". Così COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del*

Vengono così rivisitati gli schemi securitari pre-moderni d'estrazione tribale che distinguevano i nemici interni¹²³ da quelli esterni, secondo le logiche della *securitas* dell' *intra moenia*, distinta dall'insicurezza dell'*extra moenia*¹²⁴: i nemici interni sono gli immigrati clandestini e gli *extra*-comunitari, i piccoli spacciatori ed i tossicodipendenti ed in generale la microcriminalità. Soggetti che attaccano l'ordine e la sicurezza pubblica secondo moduli bagatellari, rispetto alle reali emergenze criminali della postmodernità, ma che sono esterni ad una sicurezza di sistema, in quanto non tutelati da lobby, corporazioni, potentati politico-finanziari, gruppi mass-mediatici.

I nemici interni, fuoriusciti dai paesi poveri del mondo o paesi marginali in guerra fra loro, identificano i nemici esterni: i paesi poveri ed i loro "Stati canaglia"¹²⁵.

Gli illeciti e le sanzioni dell'immigrazione provenienti dai cd. nemici esterni, unitamente alla previsione di forme e luoghi di detenzione non convenzionali, disegnano dunque *trend* securitario di difesa del territorio finalizzato all'espulsione del corpo estraneo: obiettivo finale dei tanti tasselli normativi che compongono il puzzle dell'immigrazione penale e l'avvicinano ai meccanismi liquidativi medievali del *Bannitus*.

Chi violava la sicurezza territoriale delle piccole *communitas* medievali senza averne legittimazione, si trasformava per le leggi feudali in un "*bannitus*" e, condannato al bando, perdeva la cittadinanza¹²⁶; nel penale arcaico la perdita dello stato di *subditus* poneva tuttavia "il problema dell'assoggettamento" del *bannitus* al sistema dei *crimina* contro la sicurezza ed in particolare i reati di lesa maestà, che presupponevano - per essere puniti - la stessa qualità di suddito.

Ecco perché al *bannitus* in origine¹²⁷, non poteva essere comminata una pena in senso stretto, ma veniva riservata l'espulsione dalla *communitas*.

La "dislocazione *extra moenia*" del *Bannitus* non è tuttavia "un'innocua pre-

'sacro', cit., 108

¹²³ Il concetto di nemico declinato nel diritto penale, si trasforma in un avversario o un oppositore politico da eliminare attraverso il giudizio penale. Argomento sempre attuale, basti pensare al "tema del nemico interno" ed al suo sviluppo a partire dagli anni settanta dello scorso secolo. Sul punto vedi STORTONI, *Presentazione*, a *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 21.

¹²⁴ In argomento vedi per tutti GROSSI, *op.ult.cit.*, 75.

¹²⁵ Vedi FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 372 ss.

¹²⁶ Cfr. per tutti sul punto GHISALBERTI, *La condanna al bando nel diritto comune*, in *Archivio Giuridico*, CLVIII (1960), 1-2, 3ss., 6 ss.

¹²⁷ L'antica pena del *bannum* sarà poi allargata ed esplicitamente evocata, "quando vengano commessi delitti di particolare gravità, il reo deve essere privato dei più elementari diritti ed esposto alla violenza di chiunque". Così COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del 'sacro'*, cit., 108.

sa d'atto, che si limita a registrare la rottura di un vincolo e una sopravvenuta estraneità, ma è l'apertura delle ostilità, è la trasformazione dell'estraneo in nemico"¹²⁸.

L'anima tribale della *communitas* trasforma il bisogno (emotivo) di pena nei confronti dell'*extraneus* in una espulsione, che equivale tuttavia ad una condanna a morte, perché isola l'espulso e lo rende vulnerabile ad i pericoli esterni: 'posto fuori' dall'orbita della *civitas* il bandito, non è più solo il "nemico 'interno' dei respingenti, ma nemico *tout court*".¹²⁹

Il paradigma securitario post-moderno ripropone in tal senso i valori pre-moderni dell'intraneità che nell'estraneità vedono un disvalore sociale, parificato all'inimicizia, e nell'*extraneus* un corpo che va neutralizzato, dunque respinto e/o eliminato.

4.1 Il ritorno al modello governamentale tardo-ottocentesco: neutralizzazione del corpo estraneo e carcerizzazione delle classi pericolose. La transizione dallo Stato sociale allo Stato penale.

La criminalizzazione del nemico contrapposto all'amico è rappresentativa delle dinamiche securitarie premoderne, richiamando la *securitas-ordo* medievale che ordinava la realtà secondo leggi etico-religiose che distinguevano il bene dal male, separando luoghi, persone e situazioni benigne (dunque sicure), da luoghi e situazioni pericolose e maligne (cioè, foriere di insicurezza)¹³⁰.

¹²⁸ Così COSTA, *op.cit.*, 107 ss.

¹²⁹ La parificazione fra criminale e nemico sarà una costante che accompagnerà il penale premoderno nella sua evoluzione: prima del feudo, della baronia, dei comuni (fra il XII ed il XIII secolo), poi della monarchia, poi del corpo sovrano. Col penale moderno cambierà la configurazione del concetto di nemico, ma non la privazione dei suoi diritti. Sul punto sia Rousseau che Fichte chiariscono che "la forza coesiva del contratto sociale, presenta l'azione criminale come una violazione del patto, con la conseguente perdita, per il colpevole, di tutti i propri diritti come cittadino e come uomo". Ogni trasgressione che impatta sulla tenuta del contratto sociale "esclude dallo Stato il responsabile, trasformando il criminale in bandito. Sul punto COSTA, *op.cit.*, 101ss., 120 ss.; FICHTE, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza (Seconda parte)*, cit., 227, 242 ss.

¹³⁰ La criminalizzazione del nemico contrapposto all'amico, sarà alla base della *securitas-ordo* tardomedievale che faceva discendere la sicurezza dal corretto ordine etico-morale che si traduceva in costumi e comportamenti rispettosi del conformismo etico-religioso. Ecco che si riconoscevano influssi maligni al disordine morale ed alla (semplice) messa in (dubbio o in) discussione dell'ordine stabilito. La eticizzazione della sicurezza pre-moderna deriva dunque dal suo raccordo strettissimo con la *conservatio ordinum*. Il presidio della *securitas-ordo* sarà in tal senso alla base della criminalizzazione tardomedievale del ribelle e dell'eretico, ovvero della categoria degli infedeli, dei disobbedienti e degli inosservanti (contrapposti dicotomicamente ai fedeli, agli obbedienti ed agli osservanti): la tutela di un ordine securitario etico, teso all'omologazione dei costumi religiosi quanto dei costumi sociali, è alla base della condanna capitale prevista per il *pactio cum daemone*, ovvero della stregoneria, ma anche della "criminalizzazione della notte" dei Comuni italiani allorchè, solo gli orari ed i tempi diurni vennero ammessi,

La radicalizzazione securitaria post-moderna, tarata su una sicurezza fortemente identitaria, rivendica analogamente la centralità - nelle scelte di criminalizzazione - dei motivi etici ed etnici, razziali¹³¹, ed economici: viene così legittimata la pena modulata sull'intolleranza sociale e riproposta l'idea criminologica tardo-ottocentesca che sovrappone devianza e marginalità sociale. Riprende piede dunque nella postmodernità l'approccio politico-criminale cd. governamentale¹³² che, differenziando i buoni cittadini dalle classi pericolose, polarizza l'intervento penale verso i ceti marginalizzati: si spiega in tal senso il paradigma della tolleranza zero applicato (solo) all'immigrazione clandestina, all'accattonaggio, al piccolo spaccio, al furto bagatellare.

I pacchetti sicurezza seriali, licenziati da ogni legislatura, lungi dall'affrontare i temi centrali della questione criminale contemporanea - declinati nella macro-criminalità economico-affaristica e politica, nelle grandi devastazioni ambientali, nel narcotraffico e nel riciclaggio, - deviano sull'iperpenalizzazione di reati riservati alla microcriminalità¹³³ ed alla criminalità di sussistenza: l'apparato punitivo non ha di mira gli attori politici ed economici che hanno causato la grande crisi socio-economica post-moderna, ma l'umanità marginalizzata che la subisce¹³⁴.

differenziandoli da quelli notturni, ritenuti pericolosi ed insicuri, simbolo dell'oscurità e del pericolo peccaminoso. Sul punto vedi SBRICCOLI, *Nox quia nocet. I giuristi, l'ordine e la normalizzazione dell'immaginario*, cit., 9 ss e 15-16 ss; ID., *Giustizia criminale, Giustizia criminale*, cit., 166; ZORZI, *La trasformazione di un quadro politico. Ricerche su politica e giustizia a Firenze dal Comune allo Stato territoriale*, cit., 185 ss.

¹³¹ Autorevole dottrina, riferendosi ai pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, parla di "leggi che a ragione possono definirsi razziali". MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457.

¹³² Cfr. FOUCAULT, *La 'governamentalità'*, in *Aut Aut*, 167-168, 1978, 12 ss., 26.

¹³³ Anziché misurarsi con la problematica e sfuggente categoria del rischio sistemico e tecnologico della postmodernità e con nuovi, inesplorati criteri di imputazione da ignoto tecnologico, ci si limita a rimpinguare sbrigativamente (ovvero senza sistematicità, né razionalità) l'apparato securitario ottocentesco. La tendenza del diritto a deregolamentare alcuni settori, ipernormativizzandone altri si sposa, in questo caso, con l'impostazione assunta dalla ricerca ed il sapere scientifico, utilizzati come fattori di stabilizzazione delle insicurezze sociali e "come fonte di argomenti per neutralizzare la valenza destabilizzante implicita nel rischio tecnologico". Sul punto GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999, 38 e 448. vedi PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., 195, nota 58.

¹³⁴ Si moltiplicano così le fattispecie e si innalzano le pene nei classici reati (di lesione) contro la persona o contro il patrimonio (lesioni, rapine, furti ecc.), tradizionalmente imputabili alla criminalità di sussistenza e/o alla microcriminalità: emblematici i temi della criminalizzazione dell'immigrazione, della iperprotezione del piccolo patrimonio dalla criminalità di strada o della costruzione di autonome sottocategorie penali paramtrate sull'inadeguatezza socio-securitaria, ovvero indirizzate all'allargamento degli ambiti applicativi o all'innalzamento sanzionatorio di reati omissivi e colposi tradizionali, come nel caso dell'omicidio e delle lesioni stradali. Significativa è anche la riforma della legittima difesa, cui forse seguirà la nuova riforma annunciata: modifiche all'art. 52 c.p. che denunciano una riconversione

La novità è che il penale del nemico del nuovo millennio miscela i modelli penali “governamentali” dell’ordine pubblico ottocentesco¹³⁵, agli schemi pre-moderni d’estrazione tribale della *securitas* dell’ *intra moenia*, distinta dall’insicurezza dell’*extra moenia*.

L’immigrazione clandestina parificata per le eccezionali dimensioni, ad una dichiarazione di guerra all’occidente, ha dunque sdoganato, all’alba del terzo millennio, un paradigma securitario incentrato sull’ espulsione del corpo estraneo che rievoca, non solo sul piano simbolico, il trattamento pre-moderno del *Bannitus* poichè è incentrato su una pena, che non assume sotto il profilo tecnico-domatico e formale, la caratterizzazione di pena.

E’ evidente dunque il superamento del formalismo, del materialismo e del garantismo del penale liberale, ma soprattutto il superamento delle politiche d’integrazione sociale, a fronte di un allargamento del comparto punitivo.

Si intende “governare una massa oggettivamente estranea e potenzialmente nemica rafforzando ed estendendo l’intervento” penale secondo modelli che separano gli integrati dagli emarginati, gli intranei al sistema dagli estranei¹³⁶.

Per i ceti disagiati ed emarginati non si prevedono politiche economiche e sociali, ma si apre la strada di una progressiva neutralizzazione-carcerizzazione che rappresenta una sorta di simbolica “transizione dallo stato sociale allo stato penale”¹³⁷.

La sicurezza-garanzia dello Stato di diritto e la sicurezza promozionale dei diritti dello Stato sociale si sovrappone così, in modo surrettizio, alla sicurezza dell’obbedienza presidiata dallo Stato securitario penale, che richiama per certi versi, *mutatis mutandis* lo Stato di Polizia tardo ottocentesco.

La deriva securitaria stravolge quindi i preesistenti modelli del garantismo pe-

anche dell’antigiuridicità in chiave di allargamento dei margini di autotutela secondo logiche di securizzazione. Vedi DIDIER FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea, (trad.it)*, cit., 11ss. WACQUANT, *Parola d’ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Milano 2000, *passim*; RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari 2006, 28 ss.

¹³⁵ Cfr. FOUCAULT, *La ‘governamentalità’*, cit., 12 ss., 167

¹³⁶ Cfr. FOUCAULT, *op.cit.*, 12 ss.

¹³⁷ La realtà carceraria si presenta “come un luogo di separazione e di estraneità” che elimina il fastidioso e laborioso impegni reclamato dalle politiche statali. È in questo contesto che la pena carceraria appare la sanzione più efficace e razionale a garantire una sicurezza materiale confusa con la sicurezza sociale. Se dunque all’ impegno governamentale le classi dirigenti dell’Europa ottocentesca si dedicano con crescente attenzione, miscelando sapientemente interventi assistenziali e solidaristici con il controllo e la neutralizzazione dei soggetti ‘pericolosi’ (creando le prime vestigia di quello che sarà lo Stato sociale, attraverso l’ integrazione delle cd. classi pericolose nell’unità della nazione”), nella postmodernità l’impegno è di separare e non di integrare. Sul punto si rimanda ancora a DIDIER FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, cit., 11ss.; RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, cit., 28 ss.

nale, comportando una sindrome regressiva del penalista contemporaneo costretto a confrontarsi da un lato con i risalenti modelli del penale pre-moderno¹³⁸, dall'altro con i moduli Stato-centrici e personologici del penale tardo-ottocentesco.

5. Il paradigma securitario post-moderno come riproposizione del “bellum iudiciale” d'estrazione feudale: le simmetrie criminologiche fra il Tätertyp dell'immigrato-clandestino, dell' extraneus e del Bannitus.

Se nel penale pre-moderno un confine fisico separava i luoghi rassicuranti dell' *intra moenia* dai pericoli dell' *extra moenia*, la pena postmoderna - adottando i parametri della tolleranza zero, - riprende i modelli etici della separazione e della differenziazione penale, proteggendo il dentro, ovvero gli intranei, attraverso la separazione dal fuori.

Agli estranei sono riservati i meccanismi detentivi o le espulsioni previste per l'immigrazione clandestina: espulsioni che rimandano ai meccanismi feudali di liquidazione del nemico, esemplificati dalle procedure medievali di espulsione del *Bannitus*.¹³⁹

Il respingimento o l' espulsione dello straniero dai confini territoriali dello Stato postmoderno rimanda - nelle premesse criminologiche come negli effetti concreti - alla prassi medievale della traduzione *extra moenia* del *Bannitus*: procedura di derivazione feudale che determinava l'eliminazione fisica dell'espulso pur in assenza di una condanna a morte, in quanto messo fuori dal cappello protettivo delle mura e dunque consegnato alle insidie ed ai pericoli della natura ed agli attacchi umani.

Il bandito, privato della appartenenza alla comunità, è “privato della pace”, diventando *hostis* e dunque un “nemico della comunità, accomunato al *vagr*, come riportano le fonti franche e nordiche.”¹⁴⁰ Quale “bestia feroce” e lupo solitario, il bandito deve essere posto al di là delle mura, quale corpo estraneo¹⁴¹.

Vanno in tal senso messe in luce le convergenze classificatorie (tarate

¹³⁸ Nell' evidenziare che il periodo “attuale sembra un'epoca di arretramento” si evidenzia molto opportunamente, la significatività del segnale fornito recentemente dell' Unione Europea che presenta “il diritto comune medievale, quale riferimento culturale del dialogo tra le corti europee e nazionali”. Così COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, cit., 1.

¹³⁹ Cfr. per tutti sul punto GHISALBERTI, *La condanna al bando nel diritto comune*, cit., 3 ss.

¹⁴⁰ Così BRUNNER, *Land und Herrschaft*. (trad.it.), *Terra e potere*, 45.

¹⁴¹ Così BRUNNER, *op. cit.*, 45 e 46.

sull'estraneo-nemico come tipo-criminale) e procedurali fra il penale pre-moderno e post-moderno in tema di tutela della sicurezza territoriale, traspuesta in sicurezza-etica ed etnica, nella misura in cui richiama i motivi identitari dell'integrità di razza, di etnia e di provenienza territoriale.

Il penale dell'immigrazione, a tutela di una sicurezza territoriale di tipo identitario, si riallaccia infatti alle logiche d'inclusione e d'esclusione tribale d'estrazione feudale¹⁴² che vedono, nella difesa della terra (e del territorio), una "forma di tutela e salvaguardia" di gruppi cetuali e familiari allargati¹⁴³: tanto da considerare colui che invade i confini, intaccando la sacralità degli spazi territoriali, "violatore della pace del territorio e perciò privo della pace e fuori dal diritto"¹⁴⁴.

Fuori dal diritto, significa fuori dalla *protectio ratione feudi*¹⁴⁵ che il *dominus terrae* riservava al *subditus*¹⁴⁶: la condanna al bando, significa perdita dello stato di "*subditus*" ovvero della protezione, ma anche della subordinazione alla legge territoriale per cui, paradossalmente, il *bannitus* era condannato ad una pena che nessuno era legittimato ad eseguire.

Ecco perché il *Bannitus* non è un criminale in senso stretto, ma un reo che si trasforma in *res*, perché non ha più sembianze umane e non merita il rapporto privilegiato che la *communitas* riserva al consociato: dunque assieme al regime di protezione perde anche la sottoposizione alla legge del feudatario: il *Bannitus* quindi non può essere eliminato ma va espulso, anzi "*si è espulso dalla comunità dei cittadini*"¹⁴⁷.

Se il bandito allorché veniva condannato al bando, perdeva assieme alla cittadinanza la stessa vita, non possiamo non trovare analogie con le attuali pro-

¹⁴²Così BRUNNER, *op.ult.cit.*, 46.

¹⁴³ La *securitas* feudale e comunale sarà strettamente legata alla terra e dei corpi che lavorano la terra, condizione di sussistenza degli abitanti delle comunità feudali, baronali e comunali. La *securitas terrae* sarà strettamente legata alla *Herrschaft*, nella misura in cui sarà garantita direttamente dalle signorie e dalla piccole corti locali, risultando funzionale alle esigenze di dominio del *Landesherr* ed alle necessità (di protezione) della comunità. Così BRUNNER, *op.ult.cit.*, 46.

¹⁴⁴Così BRUNNER, *op.ult.cit.*, 46.

¹⁴⁵La *protectio* - nel diritto feudale e medievale - operò a prescindere da una legge e da un ordinamento penale propriamente detto, ed in parte anche a prescindere dalla *iurisdictio*, rispondendo ad una logica pregiuridica di stampo proprietario cui farà da *pendant*- sia nel *Land* che nel Comune del XII secolo - la gestione negoziale della *securitas*. La giustizia di derivazione feudale e la prima giustizia comunale si caratterizzerà per il basso livello di formalità e lo scarso tecnicismo, derivante dalle scarse cognizioni giuridiche di giudici locali, per lo più non professionali. Così GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 136. Così BRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell' Austria medievale*, cit., p.46.

¹⁴⁶ Sul punto vedi per tutti SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit., p.230 e ss.

¹⁴⁷ Così SBRICCOLI, *op.ult.cit.*, p. 141.

cedure di respingimento e di espulsione dello straniero: procedura eliminativa (in via mediata ed indiretta) del migrante-extracomunitario, che rimanda ai meccanismi pre-moderni liquidativi del Bandito, quale membro estraneo alla *communitas*¹⁴⁸.

La condanna all'espulsione del migrante irregolare peraltro, oltre a non essere formalmente riconducibile ad una pena in senso stretto, non deriva da un disvalore declinato in un fatto che legittima la pena sul piano razionale: si tratta di una scelta socio-politica di disfarsi di un elemento di disturbo.

Le conseguenze di una scelta politica sono assimilabili a quelle derivanti dalla traduzione del Bandito nell' *extra moenia*.¹⁴⁹ Soluzione equivalente alla condanna a morte, ma meno impegnativa sul piano etico-morale: si tratta quindi di un meccanismo di neutralizzazione del corpo estraneo, sottoposto ad un processo di reificazione. Se il reicentrismo medievale trasforma il *reobannitus* in *res*, non pare invero molto diversa la considerazione che ha il penale postmoderno del corpo (estraneo) del migrante irregolare.

6. Il paradigma securitario dell'ordine pubblico oltre la sicurezza dei diritti: D.L. 23 maggio 2008 n. 90 e 6 novembre 2008, n. 172. Sicurezza ambientale o regime espropriativo dei diritti?

Si è evidenziato che la securizzazione del diritto penale è epifenomeno di un processo storico di ben più ampia portata: va dunque distinto il profilo tecnico-domatico prasseologico, dal mutamento del complessivo quadro socio-politico di riferimento.

In rapporto a quest'ultimo aspetto, occorre constatare la convergenza di due fenomeni: alla riduzione della sovranità esercitata e delle politiche sociali attuate, lo Stato post-moderno affianca una muscolare politica criminale securitaria che tende all'ampliamento del ruolo del potere punitivo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Cfr. per tutti sul punto GHISALBERTI, *La condanna al bando nel diritto comune*, cit., 3 ss.

¹⁴⁹ Scelta che nell'impianto feudale e medievale, per quanto condizionata dai potentatati e dai notabili del luogo, risponde alle logiche della sicurezza primaria, riprese dalla sicurezza naturalistica premoderna, che preserva il gruppo dall'estraneo, cioè da colui che si pone al di fuori degli spazi e delle regole (di sicurezza) della *communitas*.

¹⁵⁰ All'ampliamento del ruolo penale, si affianca agli inizi del nuovo millennio la deriva militare: si tratta di una "sorta di militarizzazione della politica interna, in aggiunta alla militarizzazione della politica estera operata" nel nuovo millennio "dalla superpotenza americana con la riabilitazione della guerra come strumento di governo del mondo. Due strategie accomunate dalla mobilitazione delle paure a sostegno della sicurezza e dalla criminalizzazione, quali principali fattori di identità collettiva, di nuovi

Si tenta in questo modo di fornire risposte semplificate a insicurezze sociali profonde e di tenere sotto controllo le spinte irrazionali dell'allarme sociale del nuovo millennio, posizionando la pena sul piano (improprio) di una funzione compensativa-sostitutiva dell'assenza di una interlocuzione politica attiva.

La politica sociale tradotta, attraverso il volano securitario, in politica-criminale - per intercettare le componenti emotivo-irrazionali della insicurezza sociale, - deve trasformare la sua grammatica e la sua sintassi che non è allineata alla questione criminale e penale. Il tema centrale del miglioramento delle condizioni sociali e del rafforzamento (della sicurezza) dei diritti viene quindi marginalizzato da una politica sociale che tradotta in potere punitivo, tende a radicalizzare la domanda/bisogno sociale di rassicurazione.

Si afferma in tal senso il paradigma securitario autoritario e le sue dicotomie: la sicurezza (penale) *versus* l'insicurezza (sociale) evoca la lotta etica fra il bene ed il male, la contrapposizione etnica fra il cittadino e l'extracomunitario, la separazione dei luoghi d'origine che distinguendo lo statuto penale dell'intraneo da quello dell'estraneo, separa l'amico dal nemico.

Da questo spartito socio-culturale, nascono le radicalizzazioni che nutrono il bisogno di pena: sono gli i nemici-extracomunitari a portarci via il lavoro, sono i rom ed i loro campi a distruggere l'ambiente, così come sono gli accattoni a rendere le città invivibili. Ecco perché è necessario estendere l'intervento penale all'immigrazione clandestina, criminalizzare l'accattonaggio, presidiare con la pena la sicurezza urbana.

La promessa di sicurezza territoriale raccordata alla tolleranza zero per i nuovi nemici dello Stato, diventa mezzo semplificato di acquisizione del consenso a costo zero, ovvero in assenza di politiche sociali adeguate. Si registra in tal senso l'azzeramento della componente tecnico-donnata della norma penale, convertita in strumento di propaganda politica e di lotta sociale¹⁵¹.

Ci si allontana quindi dalla grammatica logico-razionale delle politiche sociali, che in realtà sono ben distinte dalle politiche criminali, per costruire una sicurezza socio-penale: creatura anfibia che mette insieme la legittima aspettativa della cittadinanza a godere di una sicurezza-sociale (sicurezza intesa come garanzia dei diritti sociale), con l'irrazionalità e la brutalità del bisogno di pena.

nemici, interni ed esterni: i poveri e gli immigrati all'interno, i paesi poveri del mondo e i loro "Stati canaglia" all'esterno". A riguardo vedi DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 871 e ss.; VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., 687.

¹⁵¹ Sul punto vedi MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 457.

La espansione del paradigma securitario introita così nella dimensione simbolica del bisogno di pena i temi sociali sottesi all'insicurezza dei diritti, che vengono convogliati in una sicurezza-ordine pubblico rafforzata.

La postmodernità pare in tal senso privilegiare un'idea onnivora della sicurezza penale che carica il termine, ed i provvedimenti legislativi che lo accompagnano, di un valore fortemente simbolico compensativo dell'assenza di politiche sociali, intese come interventi di politiche industriali, del lavoro, dell'ambiente e via discorrendo.

La conseguenza di questa sovrapposizione è che il paradigma securitario dell'ordine pubblico (cd. sicurezza-ordine) attrae nella postmodernità il modello deontico della sicurezza dei diritti: basti pensare alle consistenti decretazioni d'urgenza in tema di sicurezza ambientale che, lungi dal garantire una migliore sicurezza dei diritti dell'ambiente e della salute, si muovono nella direzione inversa, costruendo regimi derogatori dei diritti e delle libertà fondamentali del corpo sociale¹⁵², a fronte del rafforzamento delle competenze e delle funzioni delle autorità statale e del comparto burocratico-amministrativo pubblico¹⁵³. Esemplificativa al riguardo è la lunga serie di Decreti Leggi dell'Emergenza Rifiuti in Campania che, già di per sé foriera di un regime eccezionale e derogatorio dei diritti, culminerà nel D.L. 23 maggio 2008 n. 90 che disporrà (all'art. 2) ulteriori procedure "derogatorie" in materia "ambientale, paesaggistico-territoriale, di pianificazione del territorio e della difesa del suolo, nonché igienico-sanitaria".

¹⁵² Il D.L. 23 maggio 2008, n. 90 convertito nella legge 14 luglio 2008, n. 123 («Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile») rappresenta l'emergenza nell'emergenza, introducendo disposizioni procedurali derogatorie che s'innestano nel pluridecennale regime (già derogatorio) dell'Emergenza rifiuti, coniugato con le competenze (a loro volta straordinarie) della Protezione civile. L'art.1 del D.L. n. 90, si caratterizza, al comma 2, per il pleonastico uso dei termini "in deroga", "in via di assoluta irripetibilità", "in via di assoluta straordinarietà", "in via eccezionale ed in deroga". Di seguito il testo: "In deroga all'articolo 1, commi 376 e 377, all'articolo 3, comma 44, della legge 24 dicembre 2007, n. 244... in via di assoluta irripetibilità e straordinarietà per far fronte alla gravissima situazione in corso, e, comunque, fino al 31 dicembre 2009, alla soluzione dell'emergenza rifiuti nella regione Campania e' preposto un Sottosegretario di Stato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, di seguito denominato: "il Sottosegretario di Stato"; per tale incarico, in via eccezionale e in deroga alle disposizioni degli articoli 1 e 2 della legge 20 luglio 2004, n. 215, può essere nominato il Capo del Dipartimento della protezione civile, di cui resta ferma la competenza ad esercitare in tale veste i compiti attinenti alla protezione civile di cui alla legge 24 febbraio 1992, n.225, ecc. ecc.".

¹⁵³ L' art. 2, c. 4, del D.L. 9/2008, decreta: "I siti, le aree e gli impianti comunque connessi all'attività di gestione dei rifiuti costituiscono aree di interesse strategico nazionale". Al c. 7 è specificato: "Al fine di assicurare piena effettività agli interventi.. il Sottosegretario di Stato è assistito dalla forza pubblica" che "piena attuazione alle determinazioni del Sottosegretario". Questi "richiede altresì l'impiego delle Forze armate per l'approntamento dei cantieri e dei siti, per la raccolta ed il trasporto dei rifiuti", nonché "il concorso delle Forze armate" e "di polizia, per la vigilanza e la protezione dei suddetti cantieri e siti".

I “siti, le aree e gli impianti connessi alla gestione dei rifiuti” verranno così *ope legis* trasformati in zone “di interesse strategico nazionale”, protette da straordinarie disposizioni d’ordine pubblico. Regime derogatorio completato dal D.L. 6 novembre 2008, n. 172, che introdurrà ulteriori, eccezionali provvedimenti d’ordine pubblico e in materia penale finalizzati a garantire la sicurezza ambientale, configurando un “sistema sanzionatorio speciale”¹⁵⁴.

Il sottosistema sanzionatorio della sicurezza ambientale, al pari del trattamento penale differenziato dell’immigrato parificato al nemico, trasforma problemi sociali in modelli penali: la trasformazione dei siti di stoccaggio dei rifiuti in zone militari (cd “aree di interesse strategico nazionale”), al pari della costruzione di centri detentivi per l’immigrazione, prova che quando i perimetri formali della sicurezza dei diritti cedono al radicalismo e/o all’emergenza securitaria, il produttore della sicurezza (ovvero il legislatore) è messo in condizione di utilizzare il potere che ne deriva secondo logiche discrezionali, che tendono a trasformare il garante della sicurezza, in carnefice della libertà.

Rischio che ha elevate possibilità di concretizzarsi, allorché il paradigma securitario è stabilmente coniugato al potere punitivo: la *potestas puniendi* è infatti naturalmente orientata, - al pari di altri poteri d’estrazione pubblica (potere burocratico-amministrativo, legislativo, giudiziario, governativo), - ad attivare meccanismi autoreferenziali ed autoconservativi, finalizzati alla *conservatio ordinum*.

6.1 L’offerta e la domanda di sicurezza fra rappresentazione mass-mediatica e percezione sociale: (la tutela del)la Sicherheitsbewußtsein. Eterogenesi dei fini securitari e radicalizzazione del bisogno di pena.

Se i limiti formali ed il materialismo di un’offesa improntata al fatto avevano contenuto, nello Stato di diritto del secolo scorso, le componenti illiberali e le spinte emotivo-irrazionali del paradigma securitario penale, la *securitas* contemporanea sconta l’incapacità legislativa di selezionare fatti meritevoli di

¹⁵⁴ Il D.L. 6 novembre 2008, n. 172, convertito con la legge 30 dicembre 2008, n. 210 (“Misure straordinarie per fronteggiare l’emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale”) introduce, nell’articolo 6, una disciplina sanzionatoria “speciale” prevedendo sanzioni maggiormente afflittive rispetto a fattispecie analoghe contemplate dal D.Lgs. n. 152/2006 e trasformando alcune violazioni di natura contravvenzionale in delitti. Sul punto vedi per tutti RAMACCI, *Emergenza rifiuti: riflessioni sul nuovo sistema sanzionatorio “speciale”*, cit., p. 327 ss.

tutela penale secondo parametri tecnico-giuridici affidabili e dommaticamente congrui.

Nella eterogenesi dei fini securitari, consegnati nella post-modernità alle esemplificazioni mass-mediatiche, lo Stato sociale e lo Stato di diritto vengono declassati a (o semplicemente confusi con lo) Stato dei giudici e di polizia, la sicurezza dei doveri viene contrabbandata come sicurezza dei diritti, la sicurezza sociale viene identificata con la sicurezza penale, nell'aspettativa ormai radicalizzata in ampie aree di popolazione che - in assenza di efficaci politiche - le emergenze sociali possano trovare soluzione in nuove norme penali, procedimenti giudiziari o in sentenze di condanna.

Ecco perché la traduzione in modelli penali delle insicurezze e delle paure del nuovo millennio, privata di filtri selettivi, si traduce nella tutela penale della *Sicherheitsbewußtsein* : espressione che nel penale tardo-ottocentesco indicava non il bene sicurezza in quanto tale, ma la sua percezione soggettiva (*Bewußt-sein*)¹⁵⁵.

La *Sicherheitsbewußtsein* post-moderna non è un interesse giuridico in senso oggettivo ma la percezione-rappresentazione mass-mediatica di quell'interesse, che forgia la percezione sociale dello stesso: si tratta di un concetto meta-giuridico che rimanda ad un ordine securitario astratto, di natura meramente simbolica .

Nella post-modernità la domanda di sicurezza proveniente dal corpo sociale viene decontestualizzata e destrutturata da meccanismi di rappresentazione delle dinamiche securitarie, che tendono a rielaborarle nella prospettiva della comunicazione mass-mediatica, secondo esigenze di spettacolarizzazione. Al penale vengono dunque affidati funzioni taumaturgiche che nella sicurezza trovano l'ideale cassa di risonanza mediatica.

A fronte di ricostruzioni parziali e rappresentazioni artificiose dei fenomeni criminali maggiormente allarmanti, la domanda di sicurezza viene "drogata"¹⁵⁶ da un circuito massmediatico che tende a celebrare la dimensione salvifica e

¹⁵⁵Non si tratta di *Sicherheit* (sicurezza) in senso oggettivo, ma stato d'animo legato alla sicurezza, cioè coscienza o consapevolezza (*Bewußtsein*) di sicurezza. Cfr. VON BURI, *Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen*, cit., 325 ss.

¹⁵⁶ L'espressione "domanda drogata di sicurezza" è di Ferrajoli che considera come tale pseudo-sicurezza abbia "accentuato le vocazioni repressive della politica penale, orientandole unicamente" verso la cd. "criminalità di sussistenza. " Il messaggio espresso da questa politica è duplice. Il primo" - quello *classista* - è "in sintonia con gli interessi della criminalità del potere, secondo cui...la vera criminalità che attenta alla sicurezza e che occorre prevenire e perseguire è solamente quella di strada; non dunque le infrazioni dei potenti - le corruzioni, i falsi in bilancio, i fondi neri ed occulti, le frodi fiscali, i riciclaggi" - ma i crimini comuni della microdelinquenza. Il secondo, snatura il lessico politico della "sicurezza sociale" e lo tramuta nella "pubblica sicurezza, declinata nelle forme dell'ordine pubblico di polizia". Così FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., II, p. 372 ss.

taumaturgica della giustizia penale, quale garante unico di una sicurezza pubblica, trasformata in medicina (*rectius*, sedativo) dell'insicurezza sociale.¹⁵⁷

Non è quindi una sicurezza sistemica, razionale, coerente con le categorie tecnico-giuridiche ed i principi formali penali, quella che si vuole perseguire: "obiettivo centrale delle politiche del diritto penale e della politica criminale" della postmodernità è il presidio della *Sicherheitsbewußtsein*, ovvero il contrasto alla (percezione sociale di) insicurezza.

Si registra in tal senso l'involuzione della norma penale, ridotta a contenitore acritico ed atecnico degli umori e delle opinioni comuni, ovvero alla costruzione/promozione penale di una sicurezza-spot¹⁵⁸, in cui la componente tecnico-giuridica si limita a recepire gli slogan populistici (sempre attuali) delle "crescenti restrizioni di libertà a fronte di maggiore sicurezza"¹⁵⁹.

Si forma in questo modo il sentimento securitario popolare¹⁶⁰ che il potere politico recepisce in via diretta ed in tempo reale attraverso sondaggi, social-network e mass-media, secondo quello che potrebbe sembrare un processo di democrazia diretta.

In realtà, la domanda sociale di sicurezza, estrapolata direttamente dal "sano sentimento popolare" e demandata all'apparato punitivo senza mediazioni tecnico-donnamiche¹⁶¹, somma i motivi irrazionali dello *Strafbedürfnis* alla

¹⁵⁷ Ad una domanda di sicurezza sociale geneticamente modificata, la politica risponde a sua volta, con un' "offerta distorta": un surrogato, una parvenza di sicurezza che mira per lo più ad incrementare le procedure securitarie formali (di tipo burocratico) ed a implementare l'apparato securitario. Ecco la scelta di dotarsi di un apparato penale sempre più ampio e diversificato, dislocato in autorità più o meno indipendenti dalla giurisdizione in senso stretto (*in primis*, Antimafia ed Anticorruzione). Il sottosistema della sicurezza si dota così di sotto-apparati che tendono alla prevenzione-securizzazione delle emergenze criminali dotate di maggior allarme sociale, secondo la narrazione politica e mass-mediatica. La rappresentazione di una società iper-corrotta, mette così in campo i meccanismi securitari dell'anticorruzione che, non limitata al piano penale, comporta la costruzione di un apparato-parapenale - l'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac) - dotata di un potere pervasivo, sottratto ad ogni controllo e quindi ad ogni limite. Si tratta della manifestazione di un panpenalismo variegato, che si traduce in modelli di prevenzione per lo più burocratico-amministrativa che rappresentano estrinsecazione del paradigma securitario: messa in sicurezza delle gare d'appalto attraverso la costruzione di modelli burocratico-amministrativi sempre nuovi e sempre più complessi; controllo preventivo delle imprese, secondo stringenti criteri di certificazione e di controllo; messa in sicurezza delle pubbliche amministrazioni secondo poteri ispettivi e/o di orientamento esterni (provenienti cioè da organismi ed autorità indipendenti, anche dalla magistratura); costruzione di un sistema trasparente di procedure secondo scelte per lo più discrezionali.

¹⁵⁸ Una formula-mantra consegnata all'agone politico e mass-mediatico, che pare aver svuotato l'intero comparto preventivo-precauzionale di ragionevolezza e buon senso.

¹⁵⁹ Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p.247.

¹⁶⁰ La insicurezza del resto indica uno stato d'animo piuttosto che un dato cognitivo, una rappresentazione, per lo più emotiva-irrazionale, di una situazione pericolo imminente o che si tema possa realizzarsi.

¹⁶¹ Sul punto vedi DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, cit., 14 e

astrattezza della *Sicherheitsbewußtsein*, rendendo l'oggetto della tutela un valore ideale, distante anche dalla sicurezza materiale-ordine pubblico.

6.2. La sicurezza dei diritti fra realtà e rappresentazione. Involuzione dei criteri selettivi della responsabilità penale e meccanismi autopoietici di criminalizzazione dell'immaginario (collettivo): la conservatio ordinum fra sicurezza-spot e sicurezza-fiction.

Non bilanciata da una adeguata delimitazione normativa, né circoscritta da una chiara e precisa sistematizzazione dogmatica, la centralità assunta dalla (tutela della) sicurezza all'interno dello *ius puniendi* attuale rappresenta un volano di espansione illimitato della *potestas puniendi*, che rischia di tradursi in un fattore di destabilizzazione degli assi costitutivi del penale garantista, piuttosto che di rafforzamento dei diritti individuali e collettivi¹⁶².

Il garantismo incarnato dal rigido formalismo dei principi liberali dello Stato di diritto, che in passato rappresentava una diga di chiusura al proliferare di modelli preventivi-securitari, appare nella postmodernità una impostazione sistematica sorpassata, risalente alle utopie punitive della seconda metà del secolo scorso: una visione romantica del diritto penale che in questi ultimi anni pare essersi ribaltata, capovolgendo i rapporti di forza fra il diritto penale delle garanzie ed il penale della prevenzione, il penale cristallizzato nei rigidi formalismi della riserva di legge ed il modello flessibilizzato.

Modulo quest'ultimo, permeabile alle suggestioni politologiche e sociologiche d'estrazione massmediatica, che piegano la tenuta formale di categorie informate alla tipicità tassativizzata, all'insostenibile leggerezza del penale spettacolarizzato, adeguato costantemente (quasi in tempo reale) all'ultima emergenza o all'ultima moda sanzionatoria¹⁶³.

Disinvolto l'abito formale tecnico-sistematico, - proprio di un sistema giuridico strutturato da principi inderogabili, secondo tipi e modi di tutela ordinati secondo campi d'intervento organici e razionali, - il penale postmoderno indossa i panni, prestati dal comparto socio-politico, del garante della sicurezza a

15.

¹⁶² La "*Sicherheit durch Strafrecht*" non contenuta in confini formali precisi ed invalicabili, tende ad esondare nel sistema securitario puro, quello che cioè garantisce il massimo livello di sicurezza possibile, attraverso la massima prevenzione possibile; impostazione propria di uno Stato securitario (o di prevenzione), antinamica all'impianto ed alle finalità del penale liberale, e poco conciliabile con un modulo formal-garantista, ispirato alla materialità e necessaria lesività del reato, rispettoso cioè di un diritto penale del fatto.

¹⁶³ Si pensi da ultimo alla normativa in tema di stalking e alle lesioni ed omicidio stradale

costo zero: abiti elastici ed informali che allargano il fatto tipico a dismisura, sino a renderlo recipiente delle dinamiche scomposte ed irrazionali dell'instabilità e dell'insicurezza sociale, sottese ai repentini mutamenti socio-economico (e geopolitici) in atto.

Derubricata l'offesa penale a recettore delle ansie e delle paure sociali emergenti, il penale diventa strumento di contrasto e di contenimento di reati, resi allarmanti da spinte emotivo-irrazionali governate da campagne massmediatiche, che trovano rassicurazione attraverso la promozione di interessi chimerici, come quello della sicurezza collettiva promossa a valore salvifico, in grado di garantire benessere sociale¹⁶⁴.

L'offesa improntata al securitarismo diventa così elemento distorsivo, più che costitutivo, del fatto tipico nella misura in cui funge da mero catalizzatore del consenso popolare, sprovvisto da ogni filtro di ragionevolezza tecnico-giuridica¹⁶⁵.

Allorché la offesa penale non si rapporta più ad un disvalore sociale rilevante, formalizzato nel fatto (di reato) secondo parametri di effettività, né si adottano criteri di penalizzazione informati al principio di offensività e di materialità, declinati nella sussidiarietà, della frammentarietà e della meritevolezza di pena, i parametri di una penalizzazione informata all'utilitarismo sociale vengono stravolti.

Se "la necessaria offensività dell'evento del reato è la condizione di qualunque giustificazione utilitaristica del diritto penale quale strumento di tutela e quindi suo principale limite assiologico esterno"¹⁶⁶, in mancanza di dati fattuali muniti di un disvalore misurabile secondo parametri oggettivi e riscontrabili in sede di giudizio, "la giustificazione esterna" del sistema penale finisce per coincidere con "la legittimazione interna": ciò significa che, in mancanza di offese dotate di rilevante ed oggettiva gravità, l'area securitaria non può trovare legittimazione assiologica se non quale forma di autotutela dell'ordinamento e dell'apparato penale.

Autotutela esplicativa di un sistema normativo-istituzionale dello Stato che, piuttosto che presidiare i diritti sociali, mette in sicurezza se stesso ed i propri

¹⁶⁴ Vedi per tutti DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, cit., 2 ss.; PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., p.302 ss.; PULITANO', *Sicurezza e diritto penale*, cit., 547 ss.

¹⁶⁵ Gli effetti distorsivi del fatto tipico improntato a paradigmi securitaristi, in termini di moltiplicazioni di tipicità, opacità delle norme penali nonché di esorbitanti innalzamenti del tasso sanzionatorio, possono vedersi con chiarezza nel tradizionalissimo comparto dei reati contro la persona, trasformati in presidio della sicurezza stradale e (della sicurezza) delle relazioni interpersonali, attraverso l'introduzione dei reati di omicidio e lesioni stradale, nonché degli atti persecutori (stalking).

¹⁶⁶ Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 468.

apparati, valorizzando gli strumenti di controllo e di ingerenza sulla popolazione¹⁶⁷: in ciò si evidenzia la progressiva trasposizione dell'area (di tutela) della sicurezza penale nei segmenti, prima riservati alle politiche sociali, ovvero alla sicurezza dei diritti.

Ciò rimanda alla mutata percezione sociale del ruolo del potere politico-legislativo e delle competenze della magistratura, la cui esondazione dai perimetri disegnati dalla separazione dei poteri, viene assunta acriticamente da mass-media ed opinione pubblica, nonchè da operatori giuridici e studiosi del diritto penale, in una sorta di accettazione passiva dell'esistente.

Il riferimento, seppur frammentario ed incompleto, ad un tale ordine di evoluzioni (sarebbe più opportuno dire, involuzioni) socio-culturali, che si riflettono nelle funzioni dommatico-sistemiche della norma penale, lasciano comprendere l'influenza che ha nella postmodernità il penale securitario massmediatico, evocativo di un'idea "pregiuridica" di sicurezza (oltre che di giustizia penale), aperta cioè ad inglobare neologismi securitari, ovvero concetti estemporanei di sicurezza derivanti da casi concreti assurti a particolare valore simbolico, perché veicolati dai mezzi di comunicazione.

In un paese "notoriamente privo di un'etica pubblica condivisa", il paradigma preventivo-securitario diviene dunque l'asse portante di una connotazione salvifica della giustizia penale, che comporta la configurazione in senso etico della pena e la connotazione potestativa dell'apparato punitivo: meccanismo che a partire da Tangentopoli, consegna alla magistratura penale il ruolo, sovraordinato alla legge penale (oltre che alla politica *tout court*), di "guardiano dell'etica pubblica"¹⁶⁸. Detentrici di un potere d'ordine etico-morale, raffor-

¹⁶⁷ Vengono in tal senso richiamati nuovamente i caratteri dell'(auto)tutela securitaria posta in essere dallo Stato ottocentesco attraverso i reati contro la personalità (e la sicurezza) dello Stato confluire nella sicurezza di sistema novecentesca, prodromica alla costruzione dello Stato totalitario. Si tratta di un paradigma securitario stalinista secondo cui lo Stato ed il suo apparato punitivo finisce per "autolegittimarsi secondo cadenze tipicamente auto poietiche" Così PALIERO, *L'Agorà e il palazzo quale legittimazione per il diritto penale?*, cit, 95 che richiama TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., 1989, 93 ss. Il sistema securitario auto poietico dello Stato si svilupperà, sul finire dell'ottocento, anche attraverso l'antropologia positivista e la conseguente de-strutturizzazione dell'offesa empirico-materiale liberale, declinata sul tipo d'autore pericoloso. Cfr. FOUCAULT, *La 'governamentalità'*, cit.,26.

¹⁶⁸ La eticizzazione della sicurezza penale segue in tal senso la trasformazione della magistratura penale, da ordine sottoposto alla legge a potere autonomo e sovraordinato al (potere) legislativo ed all'esecutivo: trasformazione che viene autorevolmente considerata il risultato dell'assunzione in capo al giudice penale, di un ruolo sovraordinato di stampo etico che pone la sua funzione sul piano, meta-giuridico, di guardiano/gestore degli orientamenti dell'etica pubblica. Per approfondimenti sui vari punti elencati si rimanda a MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit. 15 ss., 23 ss., 33 ss., 44 ss.,54 ss.,62 ss.

zato dal suo riconoscimento sociale, la magistratura penale lavora alacremente al rafforzamento della funzione securitaria della pena e della giustizia penale: la sicurezza liberale, garanzia dei diritti e della libertà dei cittadini, corre dunque il rischio di trasformarsi in sicurezza etica. Ne è la prova l'affermazione sociale di un paradigma securitario meta-giuridico che, tradotto in modelli normativi, consente alla norma securitaria di prescindere da ogni vincolo formale, per espandere illimitatamente la sua funzione moralizzatrice.

Il paradigma securitario declinato in senso etico-morale rappresenta in tal senso, il prodotto di un clima culturale che sovrappone prerogative, funzioni e limiti dell'azione penale con le politiche sociali.

Se la sicurezza dei diritti viene smantellata dalla prevalenza di obblighi e doveri securitari, il diritto alla sicurezza viene smaterializzato, confluendo nella sicurezza trasversale del benessere ovvero nella *Sicherheitsbewußtsein*, i cui amplissimi margini di violazione confluiscono nella categoria della "violazione del dovere"¹⁶⁹: la post-modernità spalanca così le porte all'introduzione di molteplici sicurezze, la cui ideazione e costruzione è saldamente polarizzata nel comparto pubblicistico e/o burocratico-amministrativo.

La sicurezza postmoderna rappresenta dunque un contenitore multifunzionale di scelte di criminalizzazione ardite ed irrazionali che, slegate da ogni compostezza sistematica e congruenza dommatica, nonché da barriere e filtri tecnico-giuridici di matrice formale, si è trasformata in una sicurezza-slogan¹⁷⁰. Al paradigma securitario costantemente esibito dalla politica fa tuttavia da *pendant* la profonda insicurezza collettiva che accompagna da un lato, la crisi dello Stato sociale e delle sue politiche solidaristiche, dall'altro, il venir meno dello Stato di diritto, col suo sistema di principi formali¹⁷¹.

In un contesto di profondo degrado politico-istituzionale e di confusione culturale, la dimensione totalizzante della sicurezza penale ha dunque smarrito le tracce della sicurezza dei diritti. Ciò lascia comprendere come la sicurezza-*spot* si traduca infine in una sicurezza-*fiction*.

¹⁶⁹ Vedi SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, 111 ss.

¹⁷⁰ Abbiamo del resto verificato che l'adozione di un paradigma securitario agevola il transito dal materialismo al simbolismo penale, dalla realtà dell'offesa alla sua proiezione immaginifica.

¹⁷¹ Una sicurezza-contenitore priva di contenuto effettivo, in grado di garantire "elevate prestazioni in termini politici e mediatici e bassissimi costi di esercizio", una sorta di arma di rassicurazione/distrazione/illusione delle masse a costo zero. Vedi CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 22.

