

Prolusione ai Corsi

PROF.SSA LUCIA RISICATO

***DIRITTO ALLA SICUREZZA E SICUREZZA DEI DIRITTI:
UN OSSIMORO INVINCIBILE?***



Sommario:

1. Diritto penale e sicurezza tra tutela dal "nemico" e discriminazione dei diversi.
2. L'involuzione della sicurezza come oggetto di tutela giuridica.
3. Il diritto penale della disegualianza: la criminalizzazione della clandestinità.
4. Sicurezza ed emergenza terroristica.
5. Sicurezza e multiculturalismo.
6. Sicurezza e politiche criminali populistiche: la crisi di senso del diritto penale liberale.

And Covenants, without the Sword, are but Words, and of no strength to secure a man at all.
(Thomas Hobbes, *Leviathan*).

C'è la bellezza e ci sono gli oppressi. Per quanto difficile possa essere, io vorrei essere fedele a entrambi (Albert Camus, *Retour à Tipasa*).

1. Gli interventi legislativi di matrice penalistica degli ultimi vent'anni svelano un ricorrente dato comune: essi tradiscono una tendenza all'uso *strumentale*, *simbolico* e *pletorico* del diritto penale.

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

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

Pletorico perché la proliferazione delle norme penali di nuovo conio si affianca in modo troppo frequente all'ambito di operatività per dir così "naturale" dell'illecito amministrativo punitivo o a quello delle misure di prevenzione. Alcuni di questi strumenti si collocano normalmente al di fuori dal campo strettamente penalistico, ma la loro capacità di incidere sui diritti individuali segnala la necessità di vagliarli alla luce del sistema di garanzie proprio del diritto penale¹.

L'invasione delle recenti scelte di incriminazione riguarda sia la sfera pubblica che quella privata: le derive securitarie avviate con i "pacchetti sicurezza" del 2008 e del 2009 si sono infatti affiancate, in materia di biodiritto, all'adozione di un criterio di legittimazione dell'intervento penale di chiaro stampo paternalistico. Si tratta di due fenomeni apparentemente eterogenei eppure estremamente simili. Essi rivelano, da un lato, la connessione cruciale tra scelte di politica criminale e modelli di democrazia e, dall'altro, la crescente atrofizzazione di fondamentali diritti di libertà: del "nemico" come del "cittadino". Il cittadino viene privato della possibilità di autodeterminarsi validamente in rapporto a scelte "di

¹M. PELISSERO, *Il superamento delle sanzioni punitive e delle misure di prevenzione personali nel nuovo pacchetto sicurezza*, in *Studium Iuris*, n. 10/2017, 1100 e ss.

vita o di morte”; il “nemico” viene per contro privato di ogni *status*: non solo di cittadino, ma persino di essere umano (si pensi alle involuzioni arrecate - a livello internazionale - da vicende come quelle di Guantanamo e di Abu Ghraib sul piano della tenuta elementare dei diritti umani).

In rapporto a quest'ultimo profilo la sensazione netta - e per nulla gradevole - è quella del ritorno ad un diritto penale fondato sull'esigenza di neutralizzare categorie di soggetti socialmente pericolosi (*il recidivo, il clandestino, il terrorista*): d'altronde, lo schema del diritto penale del nemico altro non è che il vecchio schema del “nemico del popolo” di staliniana memoria e, per altro verso, il modello penale nazista del tipo d'autore (*Tätertyp*). E si riallaccia a una tradizione antica e ricorrente di dispotismo penale inaugurata dai *crimina maiestatis*.

Nei confronti del diritto penale del nemico si sono registrati due atteggiamenti *prima facie* non conciliabili: quello di chi, ritenendo il rispetto dei principi di legalità e di colpevolezza (oltre che della presunzione d'innocenza) un valore non negoziabile, ha *a priori* negato qualunque tipo di legittimazione al *Feindstrafrecht*² e quello di chi, forse più realisticamente, pare riconoscerne - in prospettiva storica - una qualche astratta plausibilità³. Diventa allora necessario comprendere quale sia l'autentico significato dell'espressione “diritto penale del nemico”. Ora, di tale concetto è possibile fornire due diverse accezioni, rispettivamente *empirico-descrittiva* e *normativa*. In senso *descrittivo*, il diritto penale del nemico è solo (si fa per dire) «una perversione del diritto penale, cioè di pratiche punitive e repressive che si ammantano del nome di diritto penale e che del diritto penale sono invece la negazione»⁴. In senso *normativo*, il *Feindstrafrecht* viene surrettiziamente suggerito come nuovo paradigma penalistico alla cui stregua costruire statuti garantistici diversi per situazioni soggettive “eterogenee”⁵.

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

1) l'appartenenza dell'autore a una categoria soggettiva: lo *status* del soggetto attivo diventa elemento costitutivo di quell'*identità* dell'autore rilevante ai fini dell'instaurazione di una relazione “nemica”⁶;

2) la *de-giurisdizionalizzazione* del processo di applicazione della risposta sanzionatoria come conseguenza della criminalizzazione di uno *status*. In effetti, «una volta che non sia in

² V., tra gli altri, L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2006, 801, e D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2006, 740 e ss.

³ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2006, 666.

⁴ L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, cit., 799.

⁵ L. FERRAJOLI, *loc. ult. cit.*

⁶ Così, acutamente, F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, cit., 677.

gioco l'accertamento della responsabilità individuale per la commissione di un fatto, l'esigenza di un *giudizio* da parte di un organo terzo viene meno»⁷;

3) l'adozione di una risposta sanzionatoria che tende alla esclusione/eliminazione/neutralizzazione del nemico, sia attraverso l'esorbitanza dei limiti edittali di pena che col divieto assoluto di benefici penitenziari (si pensi, tra le altre cose, all'attuale disciplina della recidiva, d'ispirazione lombrosiana).

La combinazione di queste caratteristiche determina, com'è stato attentamente osservato, un processo di *militarizzazione*⁸ del diritto penale rispetto a specifiche forme di criminalità - come quella di matrice terroristica - difficilmente contestualizzabili *a priori* e fondate su un'ostilità a sua volta radicale⁹ ma atipica (può definirsi "guerra" quella al terrorismo o non si tratta, piuttosto, di una lotta senza quartiere sottratta a leggi e convenzioni internazionali secondo lo schema del "nemico asimmetrico"?).

Da qui alla naturale espansione dello strumento penale verso la ricerca di *altri nemici* della società il passo è breve. Le norme - anche penali - in materia di immigrazione clandestina sembrano confermare questa impressione, dando la stura alle supposizioni meno rassicuranti: chi è il nemico, lo "straniero" che ancor oggi suscita inquietudine nelle società postmoderne¹⁰? Solo il terrorista o non anche il brutto/sporcato/cattivo (*clochard*, clandestino,

⁷ Ancora F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, cit., 678: «nessuna esigenza infatti si pone di valutare il fatto e interpretare la norma incriminatrice per accertare la corrispondenza di quel fatto alle esigenze teleologiche della norma, nessuna esigenza poi di graduare la responsabilità in rapporto a tutta una serie di elementi oggettivi e soprattutto soggettivi che solo il giudice - nell'esercizio di quel delicatissimo potere che è la commisurazione giudiziale - può cogliere nella concretezza dell'episodio e sulla base degli scopi ultimi della sanzione punitiva. Tutto si riduce alla pura e semplice verifica che il soggetto presenti la qualifica di nemico, per procedere poi alla sua tendenziale eliminazione».

⁸ L'efficace espressione è di F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., 679.

⁹ V., in generale, H. JONAS, *Tecnica, Medicina ed Etica*, Torino, 1997, in riferimento alla c.d. *euristica della paura*, di cui il *Feindstrafrecht* sembra - per taluni aspetti - la proiezione giuridica.

¹⁰ V. Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999. Rifacendosi a Lévi Strauss, Bauman rievoca le due strategie alternative e complementari impiegate ciclicamente dalle società per la "neutralizzazione" dello straniero: «la prima era *antropofagica*: consisteva nell'annullare gli stranieri *divorandoli* per poi metabolizzarli al fine di renderli una copia perfetta di se stessi. Questa era la strategia dell'*assimilazione*: rendere simile il dissimile; soffocare le distinzioni culturali o linguistiche; proibire tutte le tradizioni e i legami ad eccezione di quelli che favorivano il conformismo verso il nuovo e pervasivo ordine; promuovere e rinforzare il solo e unico criterio della conformità. La seconda strategia era *antropoemica*: *espellere* gli stranieri, esiliarli dai limiti del mondo ordinato e impedire loro ogni comunicazione con chi sta dentro. Questa era la strategia dell'*esclusione*: confinare gli stranieri all'interno delle mura ben visibili del ghetto o dietro gli invisibili e non meno tangibili, divieti di *condivisione*, *connubium* e *commercium*; "compiere un rituale di purificazione" attraverso l'espulsione degli stranieri oltre le frontiere del territorio amministrato; o, quando nessuna delle due misure era applicabile, distruggere gli stranieri fisicamente. L'espressione comune delle due strategie si manifestò nello scontro tra la versione del progetto moderno di stampo liberale e quello di stampo nazionalista/razzista».

extracomunitario)¹¹? Procedendo su questa strada, è agevole comprendere come la repressione penale dell'immigrazione clandestina sia divenuta «cifra ideologica del diritto penale della disegualianza»¹².

Si è detto, con efficace provocazione, che l'espressione "diritto penale liberale" sarebbe tendenzialmente ossimorica, considerati natura e scopi dello *ius terribile*: l'"in sé" del diritto penale esprimerebbe fatalmente una visione sociale sfociante in un giudizio di disapprovazione da parte dell'intera comunità¹³. L'osservazione coglie indubbiamente nel segno, specie ove si voglia ravvisare ancor oggi la peculiarità della sanzione penale nella violazione del "minimo etico"¹⁴, ovvero nella disapprovazione etico-sociale emessa per conto della comunità. E tuttavia, anche ove si volesse aderire a siffatta impostazione (adottando un criterio di legittimazione dell'intervento penale talora addirittura antitetico rispetto al parametro dell'*offensività*), non si potrebbe prescindere dall'individuare una persona umana *responsabile* come destinataria di un *rimprovero* per un *fatto* commesso¹⁵. Laddove il fatto non può mai essere identificato in un generico pericolo per la sicurezza o a istanze generalpreventive collegate (esclusivamente) alla condizione soggettiva dell'autore.

Occorre allora una rapida ma indispensabile ricognizione del concetto di sicurezza, inteso come bene giuridico – vero o presunto – alla cui stregua arretrare la soglia dell'incriminazione sino a sovrapporre la prevenzione del danno da reato con quella collegata alla neutralizzazione preventiva del (presunto) criminale¹⁶. La sicurezza, da condizione necessaria per l'esercizio dei diritti, è assurta essa stessa a diritto, diventando strumento di ampliamento del controllo penale e di limitazione dei diritti individuali¹⁷.

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

¹¹ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 556: «i discorsi sulla sicurezza tendono pericolosamente a dividere il mondo in campi contrapposti: da un lato i cattivi (spesso brutti e sporchi) che mettono in pericolo la sicurezza, dall'altro lato i cittadini perbene, preoccupati della loro sicurezza». Le politiche securitarie oggi dominanti possono essere lette in quest'ottica: prosecuzione di una tendenza in corso da tempo, che ha preso corpo in paradigmi alternativi a quello universalistico che sta alla base di una civiltà giuridica fondata sulla ragione e sui diritti dell'uomo. «Non un diritto penale classicamente e compattamente autoritario, ma un diritto che differenzia tra noi e loro, tra i salvati e i sommersi, fra i normali cittadini (destinatari della protezione legale dal crimine), e i criminali da neutralizzare con qualsiasi mezzo. Un sistema "a doppio binario": garantista e securitario per noi, repressivo per loro».

¹² D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 557.

¹³ G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, 331: «la pena è infatti qualcosa che evoca l'intero, la totalità, anche di coloro ai quali viene inflitta. Una totalità che nasce dalla sua complessità di istituzione sociale».

¹⁴ G. JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2^a ed., 1908, 45.

¹⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008, 160.

¹⁶ Interessante, in questo senso, l'ampia ricognizione critica di G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, cit., 290 e ss., sulle crisi del bene giuridico come crisi dell'idea liberale di "preesistenza" dei valori alle scelte del legislatore.

¹⁷ M. PELISSERO, *Il superamento delle sanzioni punitive*, cit., 1100.

2. Cos'è la sicurezza? La domanda può persino apparire retorica se si pensa all'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo cui ogni individuo ha diritto alla *vita*, alla *libertà* e alla *sicurezza* della propria persona, o all'art. 41 della nostra Carta costituzionale, ove si prevede che la libertà di iniziativa economica privata non possa svolgersi «in modo da recare danno alla *sicurezza*, alla *libertà*, alla *dignità* umana». Intesa come diritto, la sicurezza s'interseca (specie a livello europeo) anche con la giustizia: elemento, questo, che non giova a chiarirne le molteplici sfumature.

L'accostamento – non solo sistematico – della sicurezza alla *libertà* e alla *dignità* non è certo casuale¹⁸: non solo perché i concetti qui richiamati presentano evidenti zone di interferenza, ma soprattutto perché l'idea di sicurezza riflette, a ben vedere, le medesime ambiguità di quelle ad essa usualmente associate. In realtà, sicurezza e libertà pongono problemi di natura eterogenea: «la libertà, nel senso tradizionale di *Abwehrrecht* o di *libertà da*, viene costituita e garantita direttamente dai principi dello Stato di diritto. La sicurezza, al contrario, intesa come sicurezza da aggressioni illecite, ha bisogno di interventi attivi»¹⁹. In questa prospettiva, di ispirazione liberale, la libertà si pone come argine non negoziabile rispetto alle istanze di sicurezza – peraltro in sé legittime – su cui si fonda l'intervento coercitivo del legislatore.

Il *trend* securitario oggi in voga è invece coerente con un diritto penale classicamente generalpreventivo, e si candida ad essere trasfigurato come oggetto di un fluttuante *diritto alla sicurezza* di beni o interessi che vengono identificati come prioritari in un determinato momento storico.

Il giusto equilibrio tra sicurezza “liberale” e “securitaria” dovrebbe tradursi in un bilanciamento costante tra diritti di libertà e intervento dell'autorità, e il diritto penale – come sostenuto dai principi liberali classici – dovrebbe porsi non come strumento, bensì quale *limite invalicabile* della politica criminale²⁰. Il condizionale è d'obbligo, perché mai come nell'individuazione della latitudine securitaria l'attuale periodo storico rivela una preoccupante sovrapposizione tra prevenzione e repressione, tra sicurezza dei diritti e diritto alla sicurezza, tra sicurezza come diritto fondamentale e sicurezza come protezione del cittadino da minacce incombenti della natura più diversa.

In un'ottica siffatta, possono adattarsi perfettamente anche all'idea oggi dominante di sicurezza le acute considerazioni che Giovanni Fiandaca ha formulato in rapporto allo sfuggente concetto di “dignità” (cui, come abbiamo visto, la sicurezza è non di rado accostata)²¹: ammesso che la sicurezza possa essere collegata – caso per caso – a beni giuridici meritevoli di tutela penale, il rischio è quello di precipitarla nell'alveo dei concetti strumentali e strumentalizzabili dalle forze socio-politiche preminenti in un determinato momento storico. Si trasforma così il *totem* sicurezza nella formula in grado di legittimare qualunque tipo di in-

¹⁸ Un'assimilazione in tal senso, pur con i dovuti distinguo, è presente in M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1589.

¹⁹ D. PULITANÒ, *loc. ult. cit.*

²⁰ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 550: «in questo contesto, il problema della sicurezza si pone non solo come problema di sicurezza attraverso il diritto penale, ma anche come sicurezza nei confronti di quello strumento di lesione e di messa in pericolo di beni giuridici, rappresentato dal diritto e dalle istituzioni penali».

²¹ G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 343.

criminatione, rispetto alla quale non si possa ravvisare un interesse più univoco e specifico. Significativa, sotto questo aspetto, appare la ricorrente sovrapposizione tra sicurezza e tutela dell'ordine pubblico, che finisce di fatto col far coincidere l'ordine pubblico persino con il decoro delle strade²²: l'ordine pubblico in senso materiale ricomprende, in tal modo, anche la tutela dell'apparenza della pubblica tranquillità, mentre l'ordine pubblico in senso ideale (concetto già in sé pernicioso) perde la sua peculiare connotazione di oggetto di tutela giuridica per divenire strumento di politiche di *law and order* ispirate alla neutralizzazione del "nemico"²³. Il recente d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito con modificazioni dalla l. 18 aprile 2017, n. 48, contiene significativi elementi di novità in relazione alla gestione della *sicurezza nelle città* (il bene pubblico che afferisce *alla vivibilità e al decoro delle città*, in base all'art. 4 del d.l. n. 14/17): essa rappresenta un profilo più specifico della sicurezza pubblica, ma è connotata al contempo da una forte reattività politica condizionata dalla vicinanza tra i soggetti che alla sicurezza devono presiedere - sindaco, prefetto, questore, forze dell'ordine - e i consociati ai quali la sicurezza va garantita. Facile diventa cadere negli estremi del populismo interventista o dell'assenza di risposte di fronte a un'esigenza di sicurezza comunque avvertita. Non può non notarsi come il sistema di misure di prevenzione personali sia stato delineato dal d.l. n. 14 del 2017 nei confronti di destinatari sempre più simili agli *oziosi e vagabondi* cari alla nostra tradizione preventiva²⁴.

Beninteso, nulla esclude - in linea di principio - la plausibilità politico-criminale di un sistema punitivo di conio *lato sensu* preventivo²⁵ sia nella veste dell'intimidazione che in quella della neutralizzazione dei soggetti pericolosi, alla condizione inderogabile che vengano rispettati i principi di *legalità*, di *colpevolezza* e di *uguaglianza*. Altra questione è quella se, nel caso di specie, non si sia di fronte ad un altro ossimoro: può una norma penale "neutralizzare" i soggetti pericolosi per la sicurezza senza con ciò creare individui "meno uguali" degli altri?

²² Sul punto, cfr. tra gli altri F. PALAZZO, *Moralismo e "bagatellizzazione" del diritto penale: a proposito del progetto sulla prostituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 11, 1341 e ss.; M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 1588 e ss. Sul concetto di ordine pubblico v., per tutti, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988.

²³ G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 162: oggi si può escludere che esista una consonanza tra politiche criminali teoriche, in particolare di matrice liberale, e concrete politiche criminali legislative. Al contrario, sono dominanti anche nel nostro Paese «politiche criminali di stampo populistico, concepite in un clima più da democrazia di opinione mediaticamente manipolata che da democrazia critica». Per un bilancio estremamente negativo delle politiche criminali di *law and order* ispirate a tolleranza zero (meglio: di *Broken Windows*, dal celebre articolo di J.Q. WILSON e G. L. KELLING apparso su *The Atlantic Monthly* nel marzo 1982) v., in particolare, B.E. HARCOURT, *The illusion of Order. The False Promise of Broken Windows Policing*, Harvard University Press, 2001, e F. STRENG, *Das "Broken Windows" - Paradigma: kriminologische Anmerkungen zu einem neuem Präventionsansatz*, Friedrich - Alexander - Universität, Erlangen - Nürnberg, 1999. In Italia v., di recente, M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 1590.

²⁴ M. PELISSERO, *Il superamento delle sanzioni punitive*, cit., 1108: le misure di prevenzione poste a tutela della sicurezza urbana sembrano mirate ad esaltare la sicurezza *percepita* più di quella *reale*.

²⁵ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 555: il principio di tutela dei beni giuridici «si colloca dalla parte di beni meritevoli e bisognosi di protezione. Definisce uno spazio nel quale il *problema* del penale può legittimamente essere posto. Il *trend* securitario si caratterizza per un'estrema dilatazione del campo d'intervento ed una maggiore severità».

3. La creazione di un regime penale differenziato (meglio: *diseguale*) tra clandestino e cittadino si deve al d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (c.d. decreto sicurezza), convertito con emendamenti dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, che aveva introdotto tra le aggravanti comuni «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale» (art. 61, n. 11 *bis* c.p.): norma dichiarata totalmente illegittima – per contrasto con gli artt. 3 e 25, comma 2 Cost. – dalla sentenza costituzionale 8 luglio 2010, n. 249²⁶.

La legge 15 luglio 2009, n. 94, ha successivamente introdotto nel *corpus* del Testo Unico sull'immigrazione la discussa contravvenzione di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» (art. 10-*bis* d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286), che solo l'anno precedente era stata depennata dal quadro normativo del pregresso “pacchetto” sicurezza per le motivatissime riserve allora formulate dal Segretario del Pontificio Consiglio per i migranti e dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani. Anche tale fattispecie è stata peraltro sottoposta al vaglio della Consulta, la quale (pur con qualche indicazione blandamente correttiva) ne ha sostanzialmente salvato struttura ed ambito di operatività con sentenza 8 luglio 2010, n. 250²⁷.

Qualche considerazione sull'ormai archiviata aggravante comune di clandestinità, che tuttavia resta una macchia indelebile nella storia recente del diritto penale italiano: nei lavori preparatori del “pacchetto sicurezza” è stata propalata – come dato “di comune evidenza” – una presunta maggiore pericolosità del “clandestino” rispetto a quella del cittadino italiano o dello straniero regolare. Ma il contenuto *obiettivo* dell'offesa non diviene più o meno grave se a commettere il delitto sia stato uno straniero, un immigrato regolare o un cittadino italiano: non mutano, in questi casi, né la misura della colpevolezza né la capacità a delinquere. Possono certo variare le condizioni personali e sociali del reo (istruzione, inserimento nel mondo del lavoro, disponibilità economiche), ma tali condizioni dovrebbero semmai – a rigore, e dai tempi di Frank – condurre ad una maggiore “indulgenza” verso chi non conosca la lingua o sia privo di lavoro e di disponibilità economiche!

Si potrebbero, a questo punto, invocare le statistiche sulla frequenza degli episodi criminali, alla percentuale di extracomunitari che popola le nostre carceri (pari a circa il 40% della popolazione carceraria) e il dato della presenza *illegittima* sul territorio dello Stato come indici “pregnanti” di pericolosità. Una valutazione siffatta, però, è già stata ritenuta *priva di probante valore giuridico* dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 78 del 2007: in essa si chiariva esplicitamente che il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato *non è univocamente sintomatico di una particolare pericolosità sociale*.

All'insegna dell'incriminazione dell'immigrazione clandestina come *malum in se* si colloca la contravvenzione (appartenente al *genus* dei reati propri) di cui all'art. 10 *bis* del Testo Unico sull'immigrazione, incentrata, *salvo che il fatto costituisca più grave reato*, unicamente sull'*ingresso* (reato istantaneo) o sul *trattenimento* (reato permanente) dello “straniero” nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni amministrative di cui allo stesso Testo Unico e di cui all'art. 1 della l. 28 maggio 2007, n. 68. Pesantissima (e certo non alla portata di un immigrato irregolare o di un *overstayer*) l'ammenda prevista: essa spazia tra i 5000 e i 10000 euro e non è suscettibile di oblazione *ex art. 162 bis* c.p. Inevitabile l'applicazione della

²⁶ Corte Cost., sent. 8 luglio 2010, n. 249, in www.giurcost.org

²⁷ Corte Cost., sent. 8 luglio 2010, n. 250, in www.giurcost.org

sanzione sostitutiva dell'*espulsione*, eseguibile peraltro anche in via amministrativa nelle more di un procedimento penale affidato alla competenza del giudice di pace.

Poco conta, in verità, che reati dello stesso tenore siano già stati introdotti – ed anche da tempo – in altri Paesi particolarmente “esposti” ai flussi migratori²⁸: lo iato tra una contravvenzione come quella qui discussa ed il nostro principio costituzionale di eguaglianza risulta subito evidente, per tacere dei possibili profili di contrasto con l'attuale formulazione dell'art. 117, primo comma Cost. Al di là dei dubbi – consistenti – sulla precaria offensività della fattispecie, per nulla fugati dalla Corte costituzionale con la sentenza 250/2010, rimangono forti perplessità sulla sua valenza simbolico-propagandistica (rivolta a potenziali elettori sempre più insofferenti verso l'immigrazione in virtù dell'equiparazione clandestino = delinquente propalata da forze politiche xenofobe e da buona parte dei *media*²⁹) e, soprattutto, sulla sua possibile efficacia *deterrente*. Draconiano, oltretutto, è il contesto di incriminazioni (ritoccate *in malam partem*) in cui la contravvenzione di clandestinità si iscrive: si spazia dall'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore all'utilizzo di permesso, visto o altri documenti di soggiorno contraffatti o alterati, dall'ingiustificata inottemperanza all'ordine di esibire i documenti di identificazione e il permesso di soggiorno alla cessione di immobile allo straniero irregolare.

A prescindere dalla rilettura “costituzionalmente orientata” della nuova fattispecie di reato fornita dalla Consulta nel 2010, può comunque dirsi come la portata pratica di questa contravvenzione – destinata ad ingolfare ulteriormente il carico già insostenibile dei nostri uffici giudiziari – si sia rivelata assai modesta. Essa (che era in relazione di logica incompatibilità rispetto all'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61, n. 11 *bis* c.p.) pone, in via sistematica il problema dell'ignoranza *inevitabile* della legge penale in capo all'autore del reato o, quanto meno, della plausibile rilevanza dell'errore sulla natura *legittima* del permesso di soggiorno (che si qualifica come errore su norma extrapenale *integratrice* del precetto, comunque rientrante nell'alveo dell'attuale formulazione dell'art. 5 c.p.). Ciò non deve stupire: la contravvenzione di ingresso o soggiorno illegale nel territorio dello Stato è strumentale a quell'*espulsione* del clandestino già perseguibile in via amministrativa, che si prospetta come esito inevitabile della comminatoria di un'ammenda che nessun immigrato irregolare è in grado di pagare. Di fatto, l'art. 10 *bis* è diventato uno spettro la cui disapplicazione è il premio offerto ai disperati per la testimonianza contro gli scafisti (con conseguenze kafkiane facilmente prevedibili).

La discriminazione di *status* del clandestino è resa ancor più evidente da una serie di disposizioni amministrative solo apparentemente “accessorie”, indici di una tendenza a trasfigurare l'illecito punitivo amministrativo in una sorta di sistema penale “dissimulato” e “di rinforzo”, ma non per questo meno “punitivo”. Il Testo Unico sull'immigrazione si caratterizza, in particolare, per le recenti modifiche normative volte a limitare drasticamente l'accesso dei “clandestini” ai servizi riservati ai “cittadini”: intervenendo sull'art. 6, comma

²⁸ Il reato di immigrazione clandestina è previsto in Francia dall'art. L.621-1 del CESEDA (il locale codice dell'immigrazione), e in Inghilterra dalla Sezione 24 dell'*Immigration Act* del 1971.

²⁹ La relazione tra *media* e criminalità è sempre più spesso oggetto di attenzione da parte dei penalisti, oltre che dai criminologi e dai sociologi: cfr., tra gli altri, *La televisione del crimine*, a cura di G. Forti e M. Bertolino, Milano, 2005; C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 e ss.

2, T.U., il legislatore del 2009 ha eliminato l'espressa esenzione dall'esibizione del permesso di soggiorno per l'accesso agli atti dello stato civile ed ai pubblici servizi, con l'eccezione delle prestazioni sanitarie "urgenti" e di quelle scolastiche "obbligatorie".

Letta in questi termini, l'attuale configurazione dell'art. 6 si presta allora a censure di illegittimità costituzionale non dissimili da quelle già formulate in merito alle disposizioni penali sulla clandestinità: la norma prevede infatti l'esclusione dell'extracomunitario irregolare dal compimento di atti quali la registrazione della nascita, il riconoscimento di un figlio o la dichiarazione di morte di un familiare presso gli uffici dello stato civile!

Tra le misure "amministrative" contro lo straniero indesiderato spiccano poi quelle volte a rendere più difficile l'ottenimento della cittadinanza e del titolo di soggiorno ma, soprattutto, quelle che ostacolano il trasferimento di somme di denaro da e verso il Paese di provenienza dell'immigrato irregolare nell'intento - irragionevole se indiscriminato - di contrastare il fenomeno del riciclaggio di somme di denaro che rappresentino il profitto di attività illecite. Si finisce, prevedibilmente, col precludere ogni forma di *money transfer*, anche se frutto di attività lavorative pienamente *lecite* svolte in Italia dall'immigrato non in regola col permesso di soggiorno, costringendo i "clandestini" a trasferire denaro alle loro famiglie esclusivamente per il tramite di canali illeciti. Si incrementa così il circolo vizioso di illegalità in cui il clandestino è costretto a vivere: privato di identità burocratica, di prestazioni mediche al di fuori di quelle "urgenti" e del diritto alla scolarizzazione - sullo sfondo di un permesso di soggiorno sempre più difficile da ottenere -, lo straniero irregolare vive in un sottobosco non emendabile (e non documentabile) di illiceità, destinato a "contaminare" chiunque entri in contatto con lui: gli agenti finanziari che effettuino attività di *money transfer* senza denunciare - nelle dodici ore immediatamente successive all'operazione - il clandestino alla locale autorità di pubblica sicurezza sono cancellati dal relativo albo; i medici che assistano i clandestini per prestazioni "non urgenti" senza denunciarli commettono virtualmente omissione di atti d'ufficio; i proprietari che cedano il loro immobile al clandestino "al fine di trarre ingiusto profitto" (anche dalla mera locazione allo straniero irregolare?) vengono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni e, in caso di condanna definitiva, sono soggetti alla confisca dell'immobile.

Se a questo corposo apparato di sanzioni amministrative si aggiunge quella - già più volte menzionata - dell'espulsione dello straniero, si ha la cifra completa dell'intreccio, inestricabile quanto ridondante, di sanzioni penali ed amministrative che caratterizza il Testo Unico sull'immigrazione sul piano tanto sostanziale che processuale: *tutte* le condotte descritte dall'art. 10 *bis* sono e restano sanzionate, anche in via amministrativa, con l'espulsione disposta dal prefetto ai sensi dell'art. 13, comma 2, d. lgs. 286/1998.

4. La globalizzazione ci pone di fronte a problemi ancora più gravi: l'assimilazione - mediatica e politica - tra straniero e terrorista, le intersezioni tra terrorismo e fanatismo religioso, la perdurante difficoltà di (con)vivere in una società culturalmente *plurale* ripropongono sotto una luce sinistra la sovrapposizione populistica tra migrante e nemico.

Questo inquinamento condiziona, a livello nazionale ed europeo, le negoziazioni dei respingimenti e le politiche di contrasto al terrorismo internazionale: si pensi alla prassi delle *extraordinary renditions*, per cui l'Italia è già stata condannata dalla Corte Edu nel caso *Nasr*

e Ghali³⁰, consistente nell'appaltare la tortura di soggetti ritenuti terroristi a Stati terzi cui vengono consegnati dopo essere stati sequestrati dai servizi segreti di Paesi occidentali nei quali la tortura è vietata o ostacolata dalle denunce delle Ong.

Primaria attenzione merita, com'è evidente, la lotta ai fenomeni di terrorismo internazionale, che oggi includono l'iniziativa autonoma di soggetti che raccolgono via internet l'invito alla radicalizzazione per poi combattere – secondo schemi imprevedibili – la propria *jihad* individuale, sempre a danno di civili inermi. Sull'onda delle spinte emotive successive agli attentati più sanguinosi, la sempre più cospicua stratificazione normativa in materia ha delineato una disciplina particolarmente dura, in alcuni casi ai limiti del diritto penale simbolico/d'autore.

In estrema sintesi, è possibile individuare due specifiche tendenze seguite dal legislatore nella lotta penale al terrorismo. Da un lato, seguendo gli schemi del diritto penale del nemico, si predispongono norme che introducono una feroce anticipazione della soglia della tutela penale; dall'altro, e in modo assai più concreto, si cerca di colpire le organizzazioni terroristiche sul piano del sostentamento economico, mediante una serie di disposizioni – mutate dal terreno della lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso – volte a “congelarne” i beni.

Sotto il primo profilo, è possibile evidenziare due forme diverse di tendenze anticipatrici. Seguendo un modello “classico” di anticipazione della soglia dell'intervento penale, sono stati criminalizzati atti *prodromici* alla condotta con finalità terroristica (si pensi, ad esempio, alla fattispecie di cui all'art. 270-*quater*.1 c.p., introdotta nel 2015, che punisce le condotte di *organizzazione, finanziamento o propaganda* di trasferimenti all'estero per finalità di terrorismo). Tale tipo di modello, in qualche modo giustificabile alla luce dell'importanza del bene giuridico tutelato, non pone particolari criticità, a patto di applicarne le previsioni secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, la quale – beninteso – non dovrebbe sollevare il Parlamento dalla responsabilità di introdurre norme rispettose dei canoni della materialità e dell'offensività.

D'altra parte, sono state introdotte fattispecie delittuose che anticipano con disinvoltura la soglia dell'intervento penale per il tramite di condotte del tutto generiche e a volte “neutrali”, attraverso disposizioni che si pongono in contrasto con il principio di tassatività o di sufficiente determinatezza. Tale seconda forma di anticipazione, con tutta evidenza ben più allarmante rispetto alla prima, trova un suo esempio normativo nella fattispecie di cui all'art. 270-*quater* c.p., norma che incrimina per “arruolamento con finalità di terrorismo” chi arruola e chi è arruolato. Sui criteri d'identificazione dell'“arruolamento” il legislatore (eloquentemente?) tace.

La genericità della condotta descritta dall'art. 270-*quater* c.p. anima il dibattito penalistico sul possibile significato della disposizione. Esclusa la possibilità di rifarsi al significato etimologico del verbo “arruolare”, da intendersi come attività d'iscrizione nei ruoli dell'esercito o di altra forza militare in senso stretto, che importerebbe una sostanziale disapplicazione della clausola di riserva contenuta nella norma a favore dell'art. 270-*bis* c.p., parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità interpreta l'arruolamento come una peculiare

³⁰ Corte EDU, IV Sezione, Nasr e Ghali c. Italia, sent. 23 febbraio 2016 (ric. n. 44883/09), in www.penalecontemporaneo.it del 28 febbraio 2016, con nota di M. MARIOTTI.

forma d'istigazione, consistente nel raggiungimento di un *serio accordo* tra arruolante e arruolato. In talune pronunce, si è finanche sostenuta la configurabilità del delitto di arruolamento "attivo" in forma *tentata*, tesi ampiamente criticabile per l'inevitabile sovrapposizione con l'art. 302 c.p.

Anche in questo caso, quindi, si rende necessaria un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'atto preparatorio in questione, da configurare in rapporto alla *concreta idoneità* dell'arruolamento a esporre a pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma: l'agente non potrà essere punito per il solo fatto di essersi accordato con taluno per commettere un crimine, in assenza della commissione – anche nella forma tentata – di un delitto. In questi casi dovrebbe semmai trovare applicazione l'art. 302 c.p., contestualmente ad una misura di sicurezza.

La seconda tendenza seguita dal legislatore, mutuata con intelligenza dalla legislazione antimafia, mira a colpire i focolai terroristici alla base, sottraendo loro le risorse materiali ed economiche. In questo senso, sembrano cogliere nel segno le introduzioni, per opera della recente legge n. 153/2016, di cui agli artt. 270-*quinquies*.2 (sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro) e 270-*septies* (confisca nel caso di condanna per delitto con finalità terroristica) c.p.

È proprio quest'ultimo *trend*, unitamente ad adeguate politiche d'integrazione sociale che permettano di sanare il profondo disagio culturale che spesso affligge gli autori di attentati terroristici di matrice jihadista, che meriterebbe di essere approfondito in sede di dibattito legislativo e politico, a discapito di normazioni generiche all'insegna del simbolismo penale³¹.

Non può essere ignorato un dato criminologico troppo ricorrente per essere ascritto al novero delle coincidenze: gli *jihadisti* solitari sono spesso immigrati di seconda generazione, che risolvono il conflitto tra la cultura del Paese di origine e quella del Paese in cui sono nati attraverso la radicalizzazione. Soltanto prevenzione, controllo e una partecipata attenzione collettiva nei confronti del diverso possono intercettare il fanatismo nascente, ostacolando la guerra di tutti contro tutti preconizzata da Hobbes.

5. Le tensioni securitarie influenzano sempre più spesso il dibattito sulla coesistenza libera o omologata ai "valori della civiltà occidentale" di una società multiculturale. Valgano, in questa sede, due eloquenti esemplificazioni: a) l'abbigliamento come *offesa*; b) il porto *rituale* di armi improprie.

A) Lo scorso anno, come tutti ricordiamo, è sorta una *querelle* estiva circa la possibilità, o quanto meno l'opportunità, da parte di uno Stato occidentale, di *punire* (con sanzione penale o punitiva amministrativa) l'uso, da parte di donne di fede musulmana, di frequentare le spiagge con un abito-costume trivialmente ribattezzato *burkini* dai media.

Il problema ci riguarda, se consideriamo l'impalpabile legittimazione dell'offesa sottesa a questo comportamento: se si accetta l'origine laica del diritto penale moderno, non si vede in che modo la pena potrebbe essere irrogata rispetto a un comportamento espressivo di una

³¹ V., per tutti, le ampie riflessioni critiche di G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1388 e ss.

credenza, nella specie religiosa, non lesivo di interessi pubblici ma solo – si perdoni la provocazione – estetici. Si può invocare il *totem* della sicurezza, anche se in questo caso il volto della donna è scoperto? O siamo costretti a ritenere che quella sul *burkini* sia stata un'infelice "prova tecnica" di ideologia confessionale dello Stato ateo?³²

B) La giurisprudenza sul porto del *kirpan*, pugnale sacro dei sikh e ossimorico simbolo di non violenza, trova nella sentenza 31 marzo – 15 maggio 2017 della Prima Sezione penale della Corte di Cassazione il suo controverso approdo più recente³³. Nelle sue argomentazioni s'intrecciano riflessioni sulla normativa italiana in materia di armi, sulla sua evoluzione legislativa e giurisprudenziale, sull'influenza del fattore culturale nell'interpretazione e nell'applicazione delle fattispecie incriminatrici e, soprattutto, sul bilanciamento tra sicurezza e libertà religiosa.

In verità, il problema di stabilire se il porto del *kirpan* configuri o meno il reato di porto abusivo di armi o di oggetti pericolosi si è posto anche in Paesi (ad es. Regno Unito e alcuni Stati dell'Australia), dove ormai da vari decenni sono state varate norme permissive *ad hoc*. In molti altri Paesi, specialmente a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, la giurisprudenza ha spesso scelto – con diverse argomentazioni – di ritenere la condotta non punibile. La Corte Suprema canadese ha addirittura riconosciuto ai ragazzi sikh il diritto di portare a scuola il loro pugnale.

Rispetto al *kirpan*, la nostra giurisprudenza di merito ha, in un primo momento, manifestato un atteggiamento di prevalente indulgenza: il movente religioso alla base del porto ha ora configurato quel "giustificato motivo" in presenza del quale, ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge 18 aprile 1975 n. 110 sulla disciplina delle armi, è lecito portare fuori dalla propria abitazione un'arma *impropria*, ora integrato – *ex art. 51 c.p.* – l'esercizio del diritto di libertà religiosa. Non mancano pronunce in cui il pugnale rituale è stato ritenuto inidoneo, per sua natura o quanto meno per la natura di chi lo indossa, ad arrecare offesa.

L'inversione di tendenza ha inizio a partire dal secondo decennio del nuovo secolo. In due pareri del 2010³⁴ e del 2013³⁵ la Prima Sezione del Consiglio di Stato manifesta forti perplessità circa alcuni "particolari aspetti relativi ai principi della confessione sikh", ritenuti contrastanti con i nostri principi costituzionali: su queste basi il Consiglio ha respinto l'istanza di riconoscimento di personalità giuridica di culto diverso dal cattolico presentata dall'Associazione Sikhismo Religione Italia (per la cronaca, si tratta della quinta religione al mondo e della terza tra le religioni monoteiste). Più precisamente, in base al parere del Consiglio di Stato del 2010, i punti di contrasto tra religione sikh e Costituzione italiana sarebbero due: il divieto di divorzio per le sole donne, palesemente lesivo dell'art. 3 Cost., e il porto obbligatorio del *kirpan*, che confliggerebbe con l'art. 4 della l. 110 del 1975. Questi stessi concetti sono vigorosamente ripresi nel parere del 2013, in rapporto al profilo del porto abusivo di armi: viene ribadita l'irrilevanza della finalità del porto – anche in pubblico – del coltello,

³² Sul punto, efficacemente, S. CANESTRARI, *Libertà di espressione e libertà religiosa: tensioni attuali e profili penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 937; C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1159 e ss.

³³ A. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 671 e ss.

³⁴ Consiglio di Stato, Sez. I, adunanza di Sezione del 23 giugno 2010, numero affare 02387/2010.

³⁵ Consiglio di Stato, Sez. I, adunanza di Sezione del 10 aprile 2013, numero affare 00135/2013.

poiché l'ordinamento giuridico considera la destinazione *oggettiva* dello strumento e non il *significato soggettivo* che il titolare vi riconosce. Il *kirpan* diventa ufficialmente un'arma bianca, pericolosa per la sicurezza pubblica.

Nella sentenza n. 24084/2017, secondo alcuni, la Cassazione ammicca ad un'ideologia assimilazionista di matrice populista, ormai radicata presso larghe fasce dell'opinione pubblica³⁶. In verità, la Corte si limita a ribadire la riconosciuta prevalenza delle istanze securitarie sui principi-diritti di libertà religiosa: *nessun credo religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti a offendere*.

Ma la convinzione che questa pronuncia rifletta uno *Zeitgeist* ispirato a sentimenti di chiusura nei confronti del diverso deriva da alcuni discutibili passaggi, espressivi di evidenti pregiudizi: paventando la *formazione di arcipelaghi culturali confliggenti*, la Corte insiste sul necessario rispetto, da parte degli immigrati, dei *valori* del mondo occidentale in cui hanno liberamente scelto di inserirsi.

Ma cosa sono i *valori* del mondo occidentale? Non sono forse occidentali gli Stati Uniti, che consentono ai cittadini – con le conseguenze tragiche cui troppo spesso abbiamo assistito – di circolare liberamente con un'arma, persino se nascosta? Sono o no rispettosi del mondo occidentale gli scozzesi, i quali per tradizione indossano assieme al *kilt* lo *sgian-dubh*, pugnale a doppia lama collocato nel calzino con la sola elsa visibile, il cui porto è esplicitamente consentito dalla legislazione locale e di cui molti modelli sono in libera vendita su internet? Sono o no coerenti coi “valori occidentali” coloro che auspicano anche per l'Italia una *deregulation* del mercato delle armi?

La riflessione non è di poco conto. Essa ha almeno tre implicazioni fondamentali.

In primo luogo, la crescita dell'allarme sociale dovuta alla moltiplicazione di devastanti fatti di sangue realizzati con l'uso delle armi determina, da un lato, la richiesta di un più accentuato rigore sulle categorie di armi per cui è richiesto il porto; dall'altro, quella di una maggiore indulgenza sulla sussistenza dei presupposti per il loro uso a fini di difesa collettiva e individuale (si pensi all'inquietante disegno di legge sulla legittima difesa domiciliare approvato alla Camera pochi mesi orsono).

In secondo luogo, il fattore culturale si scontra con l'euristica della paura provocando un'estremizzazione delle istanze di tutela (cavalcata da forze politiche populiste e di estrema destra): gli immigrati vogliono salvaguardare i propri costumi, mentre molti cittadini temono una progressiva perdita dell'identità nazionale.

Quanto, infine, al bilanciamento tra sicurezza e libertà religiosa, la crescita tumultuosa dei fatti di terrorismo – da molti ricondotti al fanatismo religioso e ai processi di radicalizzazione – ha progressivamente (e comprensibilmente) implicato il privilegio della sicurezza, col rischio di degenerazioni populistiche.

6. Secondo Marco Revelli, «il populismo si manifesta quando un popolo non si sente rappresentato. È “malattia infantile” della democrazia quando i tempi della politica non sono ancora maturi. È “malattia senile” della democrazia quando i tempi della politica sembrano essere finiti. Come ora, qui, non solo in Italia»³⁷.

³⁶Così A. BERNARDI, *op. ult. cit.*, 684.

Molteplici e insidiose le sue forme di manifestazione. Una di esse è la disaffezione verso l'esercizio del diritto di voto.

Il diritto penale, piaccia o meno, è diventato negli ultimi venticinque anni uno strumento d'elezione nella ricerca di un consenso politico sempre più latitante, rivelandosi capace sia di difenderci dal "nemico" che di proteggere l'"amico" (pensiamo alle leggi *ad personam* che hanno caratterizzato il "telepopulismo" berlusconiano): la questione criminale viene così banalizzata e immiserita. Abbiamo creato un sistema "a due velocità" introducendo reati impuniti, resi innocui da leggi facete, e reati eccessivamente puniti, al confine tra repressione feroce e diritto penale simbolico³⁸. Nessun decreto "svuota carceri", ad esempio, potrà mai sanare l'emergenza di un Paese in cui il falso in bilancio è stato una banale contravvenzione³⁹, mentre lo spaccio di cannabinoidi, fino a poco tempo fa, prevedeva una pena detentiva *minima* pari al doppio di quella prevista per le lesioni personali dolose gravi e dodici volte più pesante di quella stabilita per l'omicidio colposo.

Lo *ius terribile* si presta come pochi altri campi del sapere scientifico allo scopo di placare il malcontento sociale – sapientemente alimentato dai *media* - o di dar sfogo ai bisogni emotivi di una giustizia che sconfinava nel giustizialismo, assomigliando moltissimo alla vendetta.

Nel lento ma inesorabile processo di allontanamento del diritto penale dai principi liberali di matrice ottocentesca, gli studiosi hanno sino ad ora svolto un ruolo marginale: sono passati pressoché inosservati gli accorati appelli a un uso ponderato, congruo ed efficace della sanzione penale, come pure quelli a una più razionale formulazione delle fattispecie incriminatrici. Eppure la percezione del diritto penale, e dell'uso che se ne voglia fare, è strettamente connessa al modo di concepire e vivere la nostra forma di Stato: un diritto penale "illiberale", concentrato ossessivamente sulla tutela della sicurezza pubblica (bene "onnivoro"⁴⁰) e su istanze di de-secolarizzazione/rieticizzazione, è il segno di una crisi probabilmente irreversibile della democrazia liberale di antico (ma solido) stampo. Difficile preconizzare cosa ci riservi il futuro, ma è impensabile rinunciare al senso della nostra presenza, della nostra testimonianza, della nostra cultura democratica (che non vorremmo mai ritenere obsoleta).

È probabilmente vero che l'espressione "diritto penale liberale" sia tendenzialmente ossimorica. Spetta a noi tutti, tuttavia, il compito di non farla diventare un'utopia: utile, secondo Ronald Dworkin, a farci cogliere i limiti reali di un mondo sempre più plurale, veloce, accattivante, che senza la libertà dalla paura diventa invivibile.

³⁷ M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017.

³⁸ In argomento, per tutti, AA. VV., *Diritto penale del nemico*, a cura di M. Papa e M. Donini, Milano, 2007.

³⁹ Con la c.d. legge 27 maggio 2015, n. 69, recante *Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*, sono state cancellate dai nuovi reati di falso in bilancio le infedeltà nelle valutazioni e le soglie percentuali. Le pene, inasprite, seguono un regime differente a seconda del tipo di società.

⁴⁰ Così G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in AA.VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Riscato ed E. La Rosa, Torino, 2009, 20 e ss.