

## PUNIRE PER OTTENERE 'SICUREZZA': CORSI E RICORSI DI UN'ILLUSIONE REPRESSIVA E PROSPETTIVE ALTERNATIVE

di Antonio Cavaliere

(Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Napoli Federico II)

SOMMARIO: 1. Prologo: piccoli e grandi segni di securitarismo nella gestione della pandemia.- 2. La revisione solo parziale dei 'decreti sicurezza' e le concessioni al securitarismo.- 2.1. Luci ed ombre nei contenuti del decreto sicurezza del 2020. - 2.2. L'omissione di interventi legislativi doverosi.- 3. Il punitivismo securitario. Una sistematica delle sue implicazioni.- 3.1. Considerazioni critiche intorno ad origini e funzioni del concetto di sicurezza.- 3.2. Riflessi penalistici dell'ideologia della sicurezza.- 3.2.1. Teoria della pena.- 3.2.2. Teoria delle fonti.- 3.2.3. Teoria del reato.- 4. Dall'illusione della sicurezza mediante il diritto penale alla tutela effettiva dei diritti mediante politiche ordinamentali di orientamento personalistico e solidaristico. 4.1. Necessità di un garantismo positivo. 4.2. Per un diritto penale non solo 'liberale', ma costituzionalmente orientato.

1. Il tema, non nuovo, dei rapporti tra sicurezza e diritto punitivo – in un'accezione comprensiva di interventi formalmente amministrativi, ma sostanzialmente penali o 'parapenali' – si è riproposto durante la pandemia.

Alludo, in particolare, al d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con modif. dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173, su cui mi soffermerò tra breve. Peraltro, già nei provvedimenti volti alla prevenzione del contagio da Covid-19 si possono scorgere tendenze in qualche modo definibili quali securitarie. Certamente, tendenze in parte comprensibili, considerata l'eccezionale gravità della situazione.

Come vedremo in seguito, l'idea di sicurezza incide sui tre settori fondamentali del diritto penale, limitandoci al diritto sostanziale. Tale tripartizione si può riproporre anche per l'illecito amministrativo punitivo; e sovente il discorso pubblico e i provvedimenti normativi in tema di sicurezza sovrappongono interventi amministrativi e penali<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> In proposito, cfr. criticamente ad es. F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli 2020, 350 ss., 458 ss.; M. Pelissero, *Il superamento delle sanzioni punitive e delle misure di prevenzione personali nel nuovo pacchetto sicurezza*, in *Studium iuris* n. 10/2017, 1100 ss.; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, 2; A. Sbraccia, *Effetti criminogenetici? Il decreto Salvini tra continuità e innovazione*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, Pisa 2019, 13.

I tre settori in questione sono quelli della teoria e prassi in materia, rispettivamente, di fonti; di struttura dell'illecito - penale o parapenale -; di pene e sanzioni punitive.

Ebbene, sul piano delle fonti, durante la pandemia ed in particolare nella sua fase iniziale, non pochi studiosi di diverse discipline giuridiche hanno censurato il ricorso ai d.P.C.M., autorizzati con decreti legge – primo fra tutti il d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito con modif. dalla l. 5 marzo 2020, n. 13 – a prevedere misure limitative di libertà come quelle di circolazione, riunione, esercizio di attività economiche, sulla base di presupposti e in rapporto ad ambiti vaghi.

Sulla base di tale autorizzazione, il d.P.C.M. 9 marzo 2020 estendeva all'intero territorio nazionale le misure adottate con il d.P.C.M. del giorno precedente per le sole cd. zone rosse, prevedendo, in particolare, l'obbligo di non uscire dalla propria abitazione, salvo che per ragioni di salute, lavoro o acquisto di generi di prima necessità; misura non espressamente ricompresa nell'elenco di quelle adottabili secondo il d.l. n. 6/2020, ma riconducibile alla generica autorizzazione, contenuta nell'art. 1 co. 1 di tale d.l., ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». Sotto tale punto di vista, la violazione del principio di legalità veniva almeno parzialmente sanata con l'art. 1 co. 2 lett. a del successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. con modif. dalla l. 22 maggio 2020, n. 35, che prevedeva fra le misure adottabili con d.P.C.M. il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione.

In base all'art. 4 co. 2 d.P.C.M. 8 marzo 2020, che a sua volta rinviava all'art. 3 co. 4 d.l. n. 6/2020, il mancato rispetto di tale disposizione del Presidente del Consiglio, così come di una qualunque delle «misure di contenimento» autorizzate da tale d.l. e contenute nel d.P.C.M., era punibile *ex art. 650 Cp.* Il rinvio a quest'ultima disposizione, peraltro tecnicamente problematico sotto diversi profili – in particolare perché l'art. 650 Cp, secondo l'orientamento prevalente, non sanziona l'inosservanza di provvedimenti generali ed astratti, ma solo di ordini individuali e concreti<sup>2</sup> -, veniva anch'esso eliminato con il citato d.l. n. 19/2020, il cui art. 4 co. 1 prevedeva per la violazione della generalità dei provvedimenti l'applicabilità della sanzione amministrativa, peraltro non lieve, del «pagamento di una somma da euro 400 a euro 3000».

Ma prima di tale depenalizzazione, erano state emanate alcune ordinanze di Presidenti di Giunte regionali che prevedevano disposizioni più restrittive di quelle contenute nel d.P.C.M. come, ad esempio, nel caso della Campania, il divieto di

---

<sup>2</sup> Cfr. per tutti G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale*<sup>3</sup>, 1, Milano 2001, 110-112; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*<sup>3</sup>, I, Milano 2004, 39.

svolgere qualsiasi attività motoria individuale all'aperto, richiamando ancora una volta l'art. 650 Cp.

Per far fronte alla sospetta violazione del principio di legalità insita in tali rinvii all'art. 650 Cp, si era sostenuto che il rinvio all'art. 650 Cp contenuto nel d.P.C.M. fosse solo *'quoad poenam'*, rimanendo la vera fonte del precetto penale il d.l.; e solo attraverso considerazioni analoghe – ma al prezzo di ulteriori e note difficoltà, relative alla stessa legittimità di ordinanze regionali in materia – si sarebbe potuta difendere la legittimità del rinvio contenuto nelle ordinanze allo stesso art. 650 Cp, non potendo certo un'ordinanza regionale estendere l'ambito di applicazione di una norma penale. Tutto ciò salvava la forma, ma non certo la sostanza del problema della conformità al principio di legalità di tali disposizioni. Oltretutto, l'indeterminatezza dei precetti contenuti nei vari dd.ll. e d.P.C.M. succedutisi ed il sovrapporsi ad essi delle ordinanze regionali davano luogo ad una grave incertezza del diritto penale e, successivamente, amministrativo punitivo.

La tutela della salute ha, dunque, subito una distorsione securitaria, nel senso che si è motivato con l'esigenza di tutelare la 'sicurezza' (della salute) dei cittadini uno spostamento di poteri normativi verso il Presidente del Consiglio e addirittura verso i Presidenti delle Giunte regionali.

Passando al piano della teoria del reato, risulta evidente che prevedere l'applicazione dell'art. 650 Cp per la violazione di qualunque provvedimento volto alla prevenzione del contagio significava imperniare l'illecito penale sulla mera trasgressione, ovvero su un'exasperata anticipazione della tutela. Il bene della salute rimaneva sullo sfondo e se ne presumeva l'offesa, in termini di pericolo, in qualsiasi condotta inosservante: non importava quanto isolato fosse il luogo della passeggiata, della corsa o del giro in bici 'incriminati'. Ciò ha dato adito a denunce penali talora surreali e, per altro verso, ad un'inflazione di procedimenti penali per bagattelle che, come ho ricordato, ha indotto il Governo ad un precipitoso *révirement*.

Ma è sul piano delle sanzioni che la torsione securitaria nella gestione della pandemia si è maggiormente avvertita: basti pensare che l'art. 2 co. 8-9 d.l. 8 marzo 2020, n. 11 si limitava a precludere ai detenuti i colloqui in presenza e ad autorizzare la sospensione della concessione dei permessi premio e della semilibertà. I detenuti venivano così ancor più 'rinchiusi', in una situazione di grave sovraffollamento, che rendeva impossibile il distanziamento fisico, e di grave carenza igienico-sanitaria. Ciò motivava diffuse proteste nelle carceri, con conseguenze mortali per alcuni detenuti. Anche i successivi provvedimenti volti alla deflazione carceraria allo scopo di prevenire la diffusione del contagio risultavano eccessivamente restrittivi e venivano perciò sottoposti a diffuse ed autorevoli critiche<sup>3</sup>. Non quei provvedimenti, ma solo l'uso

---

<sup>3</sup> Si vedano ad esempio le *Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da La legislazione penale*  
ISSN: 2421-552X

'umanitario', da parte della magistratura, degli spazi di discrezionalità di cui disponeva ha dato luogo ad una consistente diminuzione del sovraffollamento carcerario, che peraltro rimane tale<sup>4</sup>.

## 2.

2.1. Durante la pandemia è stato emanato un provvedimento da più parti atteso, ovvero la revisione dei 'decreti sicurezza' emanati durante il primo Governo Conte, ad opera del citato d.l. n. 130/2020, conv. con modif. dalla l. n. 173/2020<sup>5</sup>. Il provvedimento interviene principalmente sulla normativa in materia di immigrazione, ripristinando condizioni minime di umanità, che erano state travolte dai decreti sicurezza del 2018 e del 2019; decreti giustamente denominati 'insicurezza' da diverse voci autorevoli, perché, escludendo possibilità di integrazione sociale per molti migranti, finivano per 'metterli per strada', sospingendoli verso l'illegalità, e quindi anche verso lo sfruttamento nell'economia sommersa o addirittura criminale<sup>6</sup>.

Viene dunque adottata una disciplina meno rigida dei requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno e della convertibilità degli stessi in permessi di lavoro; è previsto un sistema di accoglienza ed integrazione anche per i richiedenti protezione internazionale; si reintroduce il diritto all'iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione internazionale, vietata dall'art. 1-bis d.l. n. 113/2018 (il primo 'decreto sicurezza' del Governo Conte I)<sup>7</sup>. Vengono ampliati i divieti di espulsione, respingimento o estradizione in presenza di rischi di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti e in ulteriori ipotesi.

È, inoltre, abrogata la draconiana sanzione amministrativa da 150.000 a un milione di euro, con confisca della nave, prevista per l'inosservanza del divieto di ingresso, sosta o transito nelle acque territoriali disposto dal Ministro dell'Interno. Tuttavia, l'inosservanza dei divieti ministeriali di sosta e transito – che restano adottabili sulla base di vaghi "motivi di ordine o sicurezza pubblica" - diventa reato, di mera trasgressione, punibile con la reclusione fino a due anni e con la multa da 10.000

---

coronavirus del 23 marzo 2020, [www.aipdp.it/documenti/AIPDP\\_Proposte\\_emergenza\\_carceraria\\_da\\_coronavirus.pdf](http://www.aipdp.it/documenti/AIPDP_Proposte_emergenza_carceraria_da_coronavirus.pdf).

<sup>4</sup> Secondo i dati disponibili sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), il 31 marzo 2021 negli istituti penitenziari erano presenti 53.509 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di 50.779.

<sup>5</sup> Per un istruttivo commento, v. G. Mentasti, *L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n.130): modifiche al codice penale ed altre novità*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 23 ottobre 2020; Ead., *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n.130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n.173): le novità introdotte in sede di conversione*, *ivi*, 15 gennaio 2021.

<sup>6</sup> Cfr. per tutti L. FERRAJOLI, *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22 marzo 2019, par. 1.1.

<sup>7</sup> Tale disposizione aveva introdotto un art. 4 co. 1-bis d.lgs. n. 142/2015, dichiarato illegittimo con la recente sent. Corte cost. 9 luglio 2020, n. 186.

a 50.000 euro<sup>8</sup>. Interventi migliorativi riguardano pure la 'detenzione amministrativa' dei migranti, anche con la riduzione della durata massima, di regola, a 90 giorni. Per altro verso, viene introdotta all'art. 14 co. 7 *bis* t.u. imm. una nuova ipotesi di arresto in cd. flagranza differita per i delitti commessi con violenza alla persona o sulle cose in occasione o a causa del trattenimento in un centro di permanenza per i rimpatri o in un *hotspot* o durante la permanenza nelle strutture di primo soccorso e accoglienza; a seguito dell'arresto, è previsto si proceda sempre con rito direttissimo, "salvo che siano necessarie speciali indagini". L'esigenza di una rapida espulsione del migrante concorre a spiegare, ma non certo a giustificare una tale grave e sistematica compressione del diritto di difesa.

Già da questa cursoria elencazione 'a prima lettura' risulta che, se sicuramente si assiste ad un condivisibile mutamento di rotta nella politica dell'immigrazione, tuttavia permangono ancora strascichi securitari.

Ma il d.l. n. 130/2020 non regola soltanto la materia dell'immigrazione, bensì contiene numerosi interventi, di segno prevalentemente repressivo, che in parte si innestano sui decreti sicurezza del 2018 e 2019. Interventi eterogenei – per così dire, più 'sfusi' che in 'pacchetto' - e non sempre riconducibili ai casi "straordinari di necessità e d'urgenza" di cui all'art. 77 Cost.

L'art. 8 d.l. rende applicabile l'art. 391-*bis* Cp, in tema di agevolazione delle comunicazioni di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., anche al detenuto e ne inasprisce il regime sanzionatorio; e l'art. 9 d.l. introduce l'art. 391-*ter* Cp, che rende punibile con la reclusione da 1 a 4 anni sia chi procura ad un detenuto l'accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione, sia il detenuto stesso. Per farsi un'idea della (ir)ragionevolezza del rigore sanzionatorio che informa tali disposizioni, si tenga presente che entrambi i reati sono ritenuti dal legislatore più gravi sia dell'evasione che della procurata evasione, artt. 385 e 386 Cp. In altri termini, confrontando le cornici edittali, risulta più grave procurarsi un telefonino che evadere; più grave procurare un telefonino che procurare l'altrui evasione!

L'art. 10 d.l. interviene sul delitto di rissa: nell'ipotesi base, ha luogo un aumento della pena prevista, che com'è noto è quella pecuniaria, da € 309 a 2000. Nell'ipotesi di cui al secondo comma, in cui «taluno rimane ucciso, o riporta lesione personale, la pena, per il solo fatto della partecipazione alla rissa», viene aumentata, passando dalla reclusione da 3 mesi a 5 anni alla reclusione da 6 mesi a 6 anni. Difficile immaginare una novella più sterilmente simbolica; la consueta illusione repressiva insita nel mero

---

<sup>8</sup> La disposizione non si applica ad operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera, effettuate nel rispetto, da un lato, delle indicazioni impartite dall'autorità competente per la ricerca e soccorso in mare e, dall'altro, delle norme CEDU e delle disposizioni nazionali, europee ed internazionali in materia di diritto d'asilo. Cfr. sul punto, G. MENTASTI, *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n.130/2020) diventa legge*, cit., par. 3.1.

aumento delle pene edittali raggiunge livelli di vero e proprio umorismo involontario in relazione al primo comma. Ma davvero qualcuno pensa seriamente, negli uffici ministeriali, che per impedire le risse serva a qualcosa aumentare la pena pecuniaria? O che possa avere una qualche efficacia - anche a voler accedere ad una problematica logica di mera deterrenza - l'aumento della pena detentiva previsto al secondo comma? Naturalmente, poi, i problemi di responsabilità oggettiva di cui all'art. 588 co. 2 Cp non interessano a nessuno, in quegli uffici come in Parlamento.

Incidentalmente, vale la pena osservare che simili interventi puntiformi sul codice penale, per giunta introdotti con decreto legge, risultano eloquenti circa il rispetto, da parte del legislatore, della riserva di codice di cui all'art. 3-bis Cp e la praticabilità di autorevoli letture - certo, animate da ottime intenzioni, ma pure ispirate ad una risalente inversione metodologica - volte a ritenere 'costituzionalizzata' tale norma ordinaria<sup>9</sup>. La via maestra, in materia, resta la riforma costituzionale.

Ulteriori interventi punitivi si innestano sui precedenti decreti sicurezza, ma purtroppo ne portano avanti la stessa politica criminale, anziché smentirla. Viene, infatti, ampliata ed inasprita la disciplina di cui agli artt. 13 e 13-bis d.l. 20 febbraio 2017, n.14 - «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città», c.d. decreto Minniti -, conv. con modif. dalla l. 18 aprile 2017, n.48, in relazione al divieto di accesso a determinati luoghi (molto impropriamente denominato DASPO urbano, dato che non si tratta del divieto di assistere a manifestazioni sportive).

L'art. 13, nel testo risultante dalla l. n. 14/2017, prevedeva che il questore potesse vietare alle persone condannate in via definitiva o con sentenza confermata in appello per la vendita o cessione di stupefacenti, art. 73 d.P.R. n. 309/1990, commesse all'interno o nelle immediate vicinanze di scuole, Università, locali aperti al pubblico e pubblici esercizi, l'accesso a quei luoghi o lo stazionamento nelle immediate vicinanze. Il questore poteva inoltre imporre, tra l'altro, l'obbligo di uscire di casa prima o dopo di una certa ora e il divieto di allontanarsi dal comune di residenza. La violazione di tali divieti era sanzionata in via amministrativa con il pagamento di una somma da 10.000 a 50.000 euro e la sospensione della patente di guida. Ora, per effetto della l. n. 173/2020, il divieto può essere imposto anche alle persone semplicemente "denunciate" per quel reato, e la violazione dei precetti del questore diviene reato, punibile «con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 8.000 a 20.000 euro».

L'art. 13-bis l. n. 14/2017, introdotto dall'art. 21 co.1-ter d.l. n. 113/2018 (primo decreto sicurezza Salvini), prevedeva che il questore potesse disporre, in rapporto alle persone condannate in via definitiva o con sentenza confermata in appello "per reati

---

<sup>9</sup> M. Donini, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 21 settembre 2020, 14 ss.

commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi ovvero in locali di pubblico trattenimento" o per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio, quello stesso divieto di accesso e di stazionamento nelle vicinanze; il questore poteva inoltre disporre l'obbligo di presentarsi periodicamente ad un ufficio di polizia. La violazione di tali precetti era punibile con la reclusione da sei mesi ad un anno e con la multa da 5.000 a 20.000 euro. Ebbene, l'ultimo decreto sicurezza amplia il precetto ed inasprisce la sanzione: il divieto e l'obbligo di presentarsi possono essere imposti anche alle persone semplicemente "denunciate" per quei reati e persino alle "persone con le quali l'interessato si associa" (mai denunciate per alcunché), e la pena per l'inosservanza dei provvedimenti del questore diventa la reclusione da sei mesi a due anni e la multa da 8.000 a 20.000 euro.

Avanza, dunque, ulteriormente, dopo i decreti sicurezza Minniti e Salvini<sup>10</sup>, un diritto punitivo a tutela della sicurezza, basato su provvedimenti di polizia, imposti ora addirittura a persone soltanto "denunciate" o a terzi (responsabilità per fatto altrui!) che si "associano" - in che senso? - a quelle, con un intollerabile rovesciamento della presunzione di non colpevolezza e una vaghezza di presupposti, corrispondenti alla logica del sospetto tipica delle misure di prevenzione. Inoltre, l'inosservanza del provvedimento del questore viene sanzionata penalmente in modo ben più severo di quanto previsto dall'art. 650 Cp.

Volendo tradurre quanto precede in termini di incidenza dell'idea di sicurezza su teoria e prassi delle fonti, del reato e della pena, ne risulta, anzitutto, che la fonte della sanzione 'parapenale' - divieto di accesso e di stazionamento, obbligo di presentarsi - è il provvedimento del questore, e che la norma penale si limita a presidiare l'inosservanza di tale provvedimento, che costituisce, come si vedrà meglio più avanti, la vera fonte del precetto: si tratta infatti di un'ipotesi speciale che ricalca il modello dell'art. 650 Cp. Dal punto di vista della struttura dell'illecito, il precetto del questore colpisce il tipo d'autore del "denunciato" o del condannato anche non definitivo, che si presume - ripetiamo, in patente contrasto con l'art. 27 co.2 Cost. - soggettivamente pericoloso per la sicurezza; mentre il precetto penale che rende punibile l'inosservanza configura chiaramente un reato di mera disobbedienza. Dall'angolo visuale della teoria della sanzione punitiva, tutto ciò si fonda sull'idea della neutralizzazione della pericolosità soggettiva, ossia su una finalità di prevenzione speciale negativa. O almeno, quest'ultima è la finalità "manifesta", dichiarata; le funzioni "latenti" sono la

---

<sup>10</sup> Per un'ampia analisi in argomento, cfr. spec. *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, cit.; sia consentito pure rinviare ad A. Cavaliere, *Le disposizioni penali nei recenti decreti sicurezza: considerazioni de lege delenda*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 21.7.2020, 1 ss.

rassicurazione simbolica dei consociati e l'esclusione sociale dei soggetti inseriti nel circuito parapenale e penale<sup>11</sup>.

Tralasciamo un'ulteriore previsione normativa 'sfusa' del pacchetto, concernente misure extrapenali di contrasto del traffico di stupefacenti via internet, art. 12, e concentriamoci invece su un aspetto particolarmente problematico del d.l. n. 130/2020, concernente la clausola di particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-bis Cp.

Il secondo comma dell'art. 131-bis Cp era stato modificato dal cd. decreto sicurezza *bis*, che, nel testo risultante dalla legge di conversione, aveva aggiunto il seguente periodo finale: «L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341-bis, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni». Per i delitti commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, si dimezzava dunque la soglia della non punibilità, operando una discriminazione di taglio casistico, priva di giustificazione razionale in rapporto sia ad un fatto commesso durante una qualsiasi altra manifestazione - ad esempio, durante un concerto in uno stadio... -, sia ad un fatto realizzato al di fuori di qualsiasi manifestazione. Ma non meno grave risultava l'esclusione della particolare tenuità del fatto nelle ipotesi di violenza, resistenza ed oltraggio a pubblico ufficiale. Una tale esclusione assoluta, infatti, risultava concepibile soltanto a partire da una visione autoritaria - che riporta ai tempi del fascismo - secondo cui le offese a pubblico ufficiale, in quanto tali, presentano una gravità maggiore rispetto a quella delle stesse offese, se recate ad un'altra persona<sup>12</sup>; e, dunque, quelle offese a pubblico ufficiale, pur rientrando nei limiti di pena edittale che consentono la non punibilità *ex art. 131-bis co. 1 Cp*, non potrebbero mai risultare lievi.

Com'è noto, il Presidente della Repubblica, contestualmente alla promulgazione della l. n. 36/2019, in una lettera del 26 aprile 2019<sup>13</sup>, aveva rilevato che la norma «non riguarda soltanto gli appartenenti alle Forze dell'ordine ma include un ampio numero di funzionari pubblici, statali, regionali, provinciali e comunali nonché soggetti privati che svolgono pubbliche funzioni, rientranti in varie e articolate categorie, tutti qualificati - secondo la giurisprudenza - pubblici ufficiali, sempre o in determinate

---

<sup>11</sup> Sulla distinzione sociologica tra funzioni manifeste e latenti dell'esercizio del potere punitivo - risalente a R. K. Merton, *Teoria e struttura sociale* (1949), Bologna 2000, 191 - cfr. A. Baratta, *Che cos'è la criminologia critica?*, in *Dei delitti e delle pene* 1991, 77.

<sup>12</sup> Cfr. per tutti, in riferimento all'art. 336 Cp, G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*<sup>4</sup>, I, Bologna 2007, 287: «Questa rafforzata tutela dei pubblici funzionari, tipica di uno Stato autoritario, non sembra più conforme al principio di eguaglianza quale canone fondamentale dello Stato di diritto: nell'ambito di quest'ultimo, la condizione personale degli appartenenti alla pubblica amministrazione non può che essere parificata a quella di tutti i cittadini».

<sup>13</sup> Reperibile all'interno del sito istituzionale [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it).

circostanze. Tra questi i vigili urbani e gli addetti alla viabilità, i dipendenti dell'Agenzia delle entrate [...], gli ufficiali giudiziari, i controllori dei biglietti di Trenitalia, i controllori dei mezzi pubblici comunali, [...] gli insegnanti delle scuole.

Questa scelta legislativa impedisce al giudice di valutare la concreta offensività delle condotte poste in essere, il che, specialmente per l'ipotesi di oltraggio a pubblico ufficiale, solleva dubbi sulla sua conformità al nostro ordinamento e sulla sua ragionevolezza nel perseguire in termini così rigorosi condotte di scarsa rilevanza e che, come ricordato, possono riguardare una casistica assai ampia e tale da non generare "allarme sociale».

Ebbene, l'art. 7 d.l. n. 130/2020, convertito senza modificazioni, sostituisce nell'art. 131-bis co. 2 Cp le parole «di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni» con quelle «di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni e nell'ipotesi di cui all'articolo 343». In tal modo, vengono accolte le riserve del Presidente della Repubblica, aggiungendo, per altro verso, l'esclusione della possibile tenuità dell'oltraggio ad un magistrato in udienza.

Tuttavia, resta a mio avviso il dato per cui l'esclusione della possibile tenuità di violenza, resistenza, oltraggio ad un agente di p.s. o di p.g. o ad un magistrato dà luogo ad una presunzione di gravità arbitraria nella sua absolutezza, contrastante con la cornice edittale di applicabilità dell'art. 131-bis Cp, irragionevole - per l'agevole prospettabilità di casi concreti di disvalore esiguo - e, in ultima analisi, ispirata ad una visione dei rapporti tra individuo ed autorità incompatibile con la Costituzione. Le esclusioni della tenuità del fatto, già previste dall'art. 131-bis Cp, oltre ad essere in sé non esenti da censure - basti pensare che un fatto commesso con crudeltà "verso gli animali" non può mai essere ritenuto di particolare tenuità -, non riguardano singole norme incriminatrici in astratto e, quando si fondano sull'impossibile esiguità di una determinata lesione di beni giuridici, si riferiscono alla morte o a lesioni gravissime, e non certo all'offesa al prestigio o ad altri interessi della P.A.

Non risulta dunque condivisibile la sent. Corte cost., 10 febbraio 2021, n. 30, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità dell'art. 131-bis co. 2 Cp, sollevate anche e proprio in rapporto all'irragionevolezza dell'esclusione automatica della particolare tenuità del fatto in ogni ipotesi di cui all'art. 337 Cp. La Corte giustifica l'esclusione con la "peculiare complessità" del bene tutelato, che non definisce chiaramente, ma riconduce sostanzialmente al buon andamento della P.A. ed alla connessa "sicurezza e libertà di determinazione" delle persone fisiche che esercitano pubbliche funzioni<sup>14</sup>. Dunque, per la Corte «il legislatore non ha compiuto

---

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost., 10 febbraio 2021, n. 30, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), *Considerato in diritto*, 5.2.3., e 5.2.4. per la citazione che segue nel testo.

un'operazione logica di tipo presuntivo, [...] ma, nell'esercizio della sua discrezionalità in materia di politica criminale, ha identificato un bene giuridico di speciale pregnanza, cui ha ritenuto di assegnare una protezione rafforzata».

Ebbene, in primo luogo, la "peculiare complessità" del bene giuridico tutelato e le stesse modalità violente della condotta sono parse finanche al legislatore del 1930 – che pure partiva da una concezione «autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini»<sup>15</sup> - tali da fondare una cornice edittale che rientra nei limiti di pena di cui all'art.131-*bis* Cp, per cui non si comprende per quale ragione quella "complessità" del bene tutelato debba condurre ad escludere sempre e comunque la particolare tenuità del fatto pur rientrante in quei limiti. L'esclusione della particolare tenuità in rapporto agli artt. 336, 337, 341-*bis* e, ora, 343 Cp costituisce, dunque, un privilegio legislativo che ripropone l'anacronistica concezione autoritaria del codice Rocco.

In secondo luogo, la Corte aggira la questione sollevata, riferendosi alla sola "complessità" del bene giuridico – che invero non significa di per sé la sua particolare importanza, ma evidentemente viene intesa proprio in tal senso –, senza considerare affatto il profilo decisivo che fonda la non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* Cp, ovvero l'esiguità in concreto dell'offesa a quel 'complesso' bene giuridico. In tal modo la Corte adotta, a sua volta, proprio la stessa logica assolutamente presuntiva che ha ispirato il legislatore dei 'pacchetti sicurezza': posto che il bene giuridico è di "peculiare complessità", la relativa offesa si presume non poter mai essere esigua!

2.2. Il d.l. n. 130/2020, conv. con modif. dalla l. n. 173/2020, va dunque salutato con favore relativamente alla disciplina dell'immigrazione, sebbene con qualche riserva; ma per altro verso contiene interventi punitivi che portano avanti la stessa politica criminale dei precedenti decreti sicurezza e non inverte decisamente la rotta emergenziale in relazione all'art. 131-*bis* Cp.

A ciò va aggiunto che tale decreto legge omette di intervenire su una serie di misure adottate con i decreti sicurezza del 2018 e 2019, che convergono nella repressione della marginalità sociale e del dissenso. Tutto questo versante dei decreti sicurezza del primo Governo Conte resta intatto; il che, francamente, è avvilente. Questo stato di cose si spiega, in parte, con il dato per cui quei decreti sicurezza ampliavano la portata di previsioni e/o inasprivano sanzioni che erano state precedentemente introdotte dal d.l. n. 14/2017, conv. con modif. dalla l. n. 48/2017, cd. decreto Minniti; ma in altra parte si tratta della continuità con politiche securitarie adottate a partire dal 2018.

---

<sup>15</sup> Così definita dalla Corte cost., nella sent. n. 341/1994 in materia di oltraggio a pubblico ufficiale, richiamata nella pronuncia di cui si discute.

In particolare, il d.l. n. 14/2017, partendo dall'onnivora definizione della sicurezza urbana, di cui all'art. 4, quale «bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città», aveva introdotto all'art. 9 il potere del sindaco di ordinare l'allontanamento da un nutrito elenco di "aree urbane" di «coloro che ponga[no] in essere condotte che [ne] impediscono l'accessibilità e la fruizione» – locuzione piuttosto oscura – «in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi»; inoltre, in base all'elencazione di cui al co. 2 del citato art. 9, potevano essere allontanati coloro che venissero colti in stato di ubriachezza, oppure che commettessero atti contrari alla pubblica decenza – ad esempio, facendo la pipì in luogo pubblico<sup>16</sup> –; nonché i venditori ambulanti e i parcheggiatori abusivi.

Nel caso di reiterazione di tali condotte, l'art. 10 co. 2 d.l. n. 14/2017 prevede che il questore, «qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza» – ancora una volta, un'espressione *passé-partout!* –, possa ordinare l'allontanamento per un periodo che, nella disciplina originaria del decreto, non poteva essere superiore a sei mesi; e che tuttora – ai sensi del co. 3 dello stesso articolo – va da sei mesi a due anni, qualora le condotte di cui all'art. 9 co. 1 e 2 siano «commesse da soggetto condannato, con sentenza definitiva o confermata in grado di appello, nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio».

Ebbene, mentre la sanzione per l'inosservanza dell'ordine del sindaco è, secondo art. 10 co. 1 d.l. n. 14/2017, il mero raddoppio della sanzione pecuniaria amministrativa, nell'ipotesi dell'inosservanza del provvedimento del questore era applicabile l'art. 650 Cp. Minacciavano, così, di aprirsi le porte del carcere per mendicanti, senz'altro, venditori ambulanti, parcheggiatori abusivi ed altri soggetti marginali.

Con l'art. 21-ter d.l. n. 113/2018, conv. con modif. dalla l. n. 132/2018, il primo decreto sicurezza del Governo Conte I, è stato inasprito il trattamento sanzionatorio, rendendo punibile l'inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore con l'arresto da sei mesi ad un anno, e nelle ipotesi di cui all'art. 9 co. 3 d.l. n. 14/2017 addirittura con l'arresto da uno a due anni. In entrambe le ipotesi, si tratta di sanzioni notevolmente ed irragionevolmente più severe di quelle previste dall'ipotesi generale di inosservanza di un provvedimento dell'autorità, art. 650 Cp.

Il decreto sicurezza del 2018 mostra i muscoli, in particolare, pure nei confronti dei parcheggiatori abusivi, sostituendo come segue l'art. 7 co. 15-bis del codice della strada: «Salvo che il fatto costituisca reato, coloro che esercitano senza autorizzazione, anche avvalendosi di altre persone, ovvero determinano altri ad esercitare senza

---

<sup>16</sup> Condotta ritenuta riconducibile all'art. 726 Cp – successivamente depenalizzato dall'art. 2 d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, peraltro prevedendo la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 10.000 euro! – da Cass. 28 aprile 1986, Redaelli, CED 172533, cit. da A. Bassi, *Art.726 c.p.*, in *Codice penale commentato*<sup>2</sup>, a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, Milano 2006, 5056.

autorizzazione l'attività di parcheggiatore o guardiamacchine sono puniti con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 771 ad euro 3.101. Se nell'attività sono impiegati minori, o se il soggetto è già stato sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo, si applica la pena dell'arresto da sei mesi a un anno e dell'ammenda da 2.000 a 7.000 euro. È sempre disposta la confisca delle somme percepite». Colpisce, in particolare, la previsione della sanzione penale, per giunta detentiva e pecuniaria e quindi non estinguibile per oblazione, nell'ipotesi di 'recidiva semplice amministrativa'; si tratta di un ennesimo reato di mera trasgressione.

Ma l'opzione politico-criminale della tolleranza zero ha colpito, con l'art. 21-*quater* d.l. n. 113/2018, anche i semplici mendicanti, attraverso la reintroduzione nel codice Rocco, all'art. 669-*bis*, del reato di accattonaggio: è punibile con l'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da 3000 a 6000 euro<sup>17</sup> «chiunque esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà...». Alle sanzioni citate si aggiunge il «sequestro» [sic!] obbligatorio dei proventi della mendicizia.

Come si è accennato, neppure la parte dei decreti sicurezza del 2018 e 2019 che ampliava ed inaspriva, direttamente o indirettamente, la repressione del dissenso è stata oggetto di interventi correttivi ad opera del d.l. n. 130/2020.

Anzitutto, l'art. 30 d.l. n. 113/2018 ha inasprito le sanzioni per l'occupazione di (terreni o) edifici che non costituiscano domicilio altrui, art. 633 Cp. In secondo luogo, l'art. 23 co. 1 d.l. n. 113/2018 ha reintrodotta il reato di blocco stradale, rendendo punibile con la reclusione da uno a sei anni chiunque depone o abbandona congegni o altri oggetti di qualsiasi specie anche in una strada ordinaria e chiunque ostruisca o ingombri una strada ordinaria o ferrata, salvo che impedisca la circolazione su strada ordinaria solo con il proprio corpo, nel qual caso viene previsto un illecito amministrativo. Si è tornati, così, ad intervenire penalmente in rapporto a manifestazioni sociali di protesta, in contrasto con i principi di proporzionalità/ragionevolezza<sup>18</sup> ed *extrema ratio* e comprimendo le libertà e i diritti costituzionalmente sanciti di manifestazione del pensiero, di riunione e di sciopero; con una fattispecie penale di ampiezza tale da risultare applicabile, ad esempio, nei confronti di un gruppo di ciclisti che, nel corso di una manifestazione di protesta, intralci la circolazione con le biciclette.

Ancora, con l'art. 6 co. 1 lett. a del decreto sicurezza *bis* - d.l. n. 53/2019, conv. con modif. dalla l. n. 77/2019 - sono state notevolmente aumentate le sanzioni per il cd.

---

<sup>17</sup> Su questa cifra "stellare" cfr. criticamente F. Curi, *Le alterne vicende del reato di mendicizia*, in *Il decreto Salvini*, cit., 272.

<sup>18</sup> Cfr. in proposito P. Lobba, *Blocco stradale. Ostruzione o ingombro di strade o ferrovie*, in AA.VV., *Il decreto Salvini*, cit., 282-283.

reato di casco, di cui all'art. 5 l. 22 maggio 1975, n.152: la sanzione detentiva è stata raddoppiata, prevedendo l'arresto da 1 a 2 anni e l'ammenda da 1000 a 2000 euro; inoltre, se il fatto è commesso in occasione di manifestazioni, sono previsti l'arresto da 2 a 3 anni e l'ammenda da 2000 a 6000 euro.

Va notato incidentalmente che la fattispecie in questione costituisce un'ipotesi paradigmatica di reato senz'offesa: il mero fatto di rendere difficoltoso il proprio riconoscimento in pubblico non offende, infatti, alcun bene giuridico che sia connotato in termini precisi ed empiricamente afferrabili, com'è invece richiesto dal principio di determinatezza di cui all'art. 25 co. 2 Cost. Ma al di là delle riserve generali sul cd. reato di casco - prodotto emblematico del diritto penale dell'emergenza - preme sottolineare un ulteriore profilo problematico, ossia la previsione di un aumento di pena legato alla realizzazione del fatto in occasione di una manifestazione. Se infatti, da un lato si comprende la *ratio* legata all'ansia ed alle pulsioni repressive nei confronti delle "folle criminali", dall'altro la discriminazione tra due condotte realizzate in luogo pubblico, a svantaggio di quella che è espressione delle libertà costituzionalmente sancite di riunione, manifestazione del pensiero e/o sciopero, risulta irragionevole ed orientata ad un'incostituzionale repressione 'aggiuntiva' del dissenso<sup>19</sup>.

Sempre con riguardo alle manifestazioni pubbliche, l'art. 6 co. 1 lett. *b* del decreto sicurezza *bis* introduce, subito dopo il reato di casco, l'art. 5-*bis* l. n. 152/1075, che prevede la reclusione da uno a quattro anni per chiunque «lancia o utilizza illegittimamente», durante una manifestazione, razzi, petardi, gas «ovvero bastoni, mazze, oggetti contundenti o, comunque, atti a offendere», «in modo da creare un concreto pericolo per l'incolumità delle persone»; se il pericolo è solo per «l'integrità delle cose», la reclusione è da sei mesi a due anni. Si tratta di un'incriminazione molto ampia, estesa addirittura al mero pericolo per le cose, e che, essendo riferita anche a oggetti «comunque» atti ad offendere, abbraccia, ad esempio, l'«utilizzo illegittimo» di lattine o bottiglie di plastica, ombrellini pieghevoli, zaini...: insomma, quasi di qualunque cosa si porti con sé ad una manifestazione.

L'art. 7 del decreto sicurezza *bis*, attraverso una modifica dell'art. 339 Cp, aumenta le pene per le condotte di violenza e resistenza di cui agli artt. 336, 337 e 338 Cp se commesse «nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico»; analoghi aumenti di pena basati sulla realizzazione nel corso di manifestazioni sono previsti dall'art. 7 lett. *b*, *b-bis* e *b-ter*, in particolare, per l'interruzione di pubblico

---

<sup>19</sup> Com'è ormai noto, il principio di offensività si applica anche alle circostanze aggravanti, dovendo esse essere espressione di un diritto penale del fatto, cfr. per tutti G. Marinucci – E. Dolcini – G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>8</sup>, Milano 2019, 11, 632 ss.. Riserve sugli aumenti di pena previsti nel decreto sicurezza *bis* in rapporto a fatti commessi nel corso di pubbliche manifestazioni esprimono pure A. Natale, *A proposito del decreto sicurezza bis*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 20 giugno 2019, par. 3; S. Zirulia, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18 giugno 2019, par. 8.

servizio, art. 340 Cp, per l'oltraggio a pubblico ufficiale, art. 341-bis Cp e per l'oltraggio ad un magistrato in udienza, art. 343 Cp. Si tratta, anche stavolta, di un giro di vite repressivo che incide in modo peggiorativo sui rapporti tra autorità e consociati, rispetto a quelli delineati in materia dallo stesso codice Rocco.

Ma gli inasprimenti sanzionatori in rapporto a fatti commessi durante manifestazioni vanno ancora oltre. L'art. 7 co. 1 lett. c aumenta la pena per i reati di devastazione e saccheggio commessi nel corso di pubbliche manifestazioni, rendendo applicabile l'aggravante di cui all'art. 419 co. 2 Cp, prevista in precedenza solo per fatti commessi «su armi, munizioni o viveri [...]»: il massimo di pena, dunque, passa da 15 a 20 anni di reclusione! Si tratta, qui, di un ulteriore irrigidimento di una disciplina già draconiana, con cui il codice Rocco assicurava una tutela rafforzata del patrimonio, guarda caso attraverso il riferimento al bene giuridico vago, onnicomprensivo ed artificialmente pubblicizzato dell'ordine pubblico<sup>20</sup>.

Ma anche in rapporto al semplice danneggiamento, l'art. 7 co. 1 lett. d n. 2 del decreto sicurezza *bis* introduce un inasprimento. Infatti, viene introdotto un nuovo terzo comma dell'art. 635 Cp: «Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con la reclusione da uno a cinque anni». Così, mentre per il danneggiamento 'comune' sono previste le sole sanzioni introdotte per i reati di competenza del giudice di pace penale ed inoltre, per effetto dell'art. 2 co. 1 lett. l d.lgs. 15.1.2016, n. 7, occorre che la condotta sia stata realizzata con violenza alla persona o minaccia o che abbia ad oggetto le cose elencate al co. 2 dell'art. 635 Cp, il danneggiamento 'qualificato' dall'occasione della manifestazione pubblica riguarda qualsiasi cosa, non richiede violenza o minaccia ed è punibile con la reclusione da uno a cinque anni, vale a dire una pena notevolmente più elevata di quella prevista per un furto o una truffa e persino per una lesione personale.

Le nuove incriminazioni, gli ampliamenti ed inasprimenti appena elencati, contenuti nei decreti sicurezza del 2018 e 2019 ed ispirati ad un orientamento in chiave di tolleranza zero nei confronti di soggetti marginali e dissenzianti, avrebbero dovuto formare oggetto di semplici interventi abrogativi. Al contrario, il d.l. n. 130/2020 si

---

<sup>20</sup> Su tali caratteristiche dell'ordine pubblico quale oggetto di tutela penale cfr., tra i tanti, spec. F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 193; G. De Vero, *Tutela dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano 1988, 3 ss. e *passim*; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 238-239; Id., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma 1990, 4; A. Bevere, *Ordine pubblico*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Milano 1980, 275-276; C. Fiore, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1985, 280.

orienta, sotto tale profilo, alla conservazione dell'esistente e, dunque, si pone in continuità con quel *trend* di 'tolleranza zero'.

A ciò va aggiunto che durante il primo Governo Conte sono stati emanati ulteriori provvedimenti ispirati alla stessa illusione securitaria, in particolare sotto due profili: 1) ampliamento della legittima difesa con la l. 26.4.2019, n. 36, nonché delle possibilità di uso legittimo delle armi, con l'art. 19 del primo decreto sicurezza, che ha autorizzato l'uso della famigerata pistola ad impulsi elettrici chiamata "taser" anche da parte della polizia municipale<sup>21</sup>; 2) aumento delle pene per furti e rapine, oltre che per la violazione di domicilio, con la l. 26 aprile 2019, n. 36. Il furto con strappo e il furto domiciliare, art. 624-bis Cp come modificato dall'art. 5 co. 1 lett. a l. n. 36/2019, sono ora punibili con la reclusione da 4 a 7 anni (e con una multa); una pena superiore, ad esempio, a quella prevista per le lesioni personali gravi, art. 583 Cp, che, com'è noto, comprendono lesioni tali da mettere in pericolo la vita della vittima o da causare una malattia superiore a 40 giorni! Nell'ipotesi in cui ricorra anche una sola circostanza aggravante di cui all'art. 625 o 61 Cp, il co. 3 dell'art. 624-bis Cp, modificato dall'art. 5 co. 1 lett. b l. n. 36/2019, prevede ora la reclusione da cinque a dieci anni e la multa; ovvero la stessa pena detentiva della rapina, art. 628 Cp come modificato dall'art. 6 co. 1 lett. a della stessa l. n. 36/2019, dell'estorsione, art. 629 Cp, e, per altro verso, della violenza sessuale, art. 609-bis Cp, e ben più grave di un sequestro di persona, art. 605 Cp, sia semplice che aggravato ai sensi del secondo comma dello stesso articolo. Quindi, ad esempio, un furto con strappo commesso con destrezza - art. 625 co. 1 n. 4 Cp - o ai danni di un pendolare in stazione - n. 6 - per il legislatore è grave quanto una rapina, un'estorsione o uno stupro ed è più grave del tenere segregato qualcuno in una stanza, magari per mesi o anni!

Anche tali provvedimenti sono tuttora in vigore ed è ben difficile che vengano abrogati, nell'attuale temperie politico-criminale. Questa disincantata considerazione ci conduce al cuore del problema: la persistente esaltazione dell'idea di 'sicurezza'.

3.

3.1. Sul rapporto tra sicurezza e diritto penale si discute ormai da decenni<sup>22</sup>. È costatazione diffusa e difficilmente confutabile che il concetto di sicurezza venga impiegato dagli attori della comunicazione di massa quale *slogan* demagogico. Esso

---

<sup>21</sup> L'impiego della pistola *taser* è da tempo oggetto di diffuse critiche, in particolare da parte del Comitato contro la tortura dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e di organizzazioni umanitarie, anche in quanto potenzialmente mortale; in argomento cfr. D. Bertaccini, *Dotazioni di armi comuni ad impulsi elettrici e interpretazione autentica sulle armi in dotazione alla polizia municipale*, in AA.VV., *Il decreto Salvini*, cit., 251 ss.

<sup>22</sup> Nell'ambito di una vasta letteratura, v. spec. *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini - M. Pavarini, Bologna 2011; L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit.; nonché l'ampia indagine, in particolare anche in prospettiva storica, di F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit.

viene declinato esclusivamente in chiave repressiva e dà luogo a un'espansione del diritto punitivo e a un inasprimento sanzionatorio che vengono riproposti ad ogni nuova ondata emergenziale.

L'ascesa del securitarismo viene ricondotta da voci autorevoli alle radici di un diritto punitivo orientato in senso specialpreventivo<sup>23</sup>. Vista invece quale fenomeno tipico del mondo contemporaneo, viene ricollegata alla presenza di nuovi, inquietanti rischi globali, di dimensioni macroscopiche, dal terrorismo internazionale all'ecocidio<sup>24</sup>; all'amplificazione, da parte dei *mass media*, di tali rischi e alla loro strumentalizzazione in chiave di consenso politico, attraverso l'offerta di risposte simbolicamente repressive a tali rischi; alla sostituzione della sicurezza sociale perduta da strati sempre più ampi della popolazione – in particolare a causa della crisi dei sistemi di *welfare State*, smantellati in attuazione della dominante ideologia neoliberistica – con l'illusione della sicurezza attraverso il diritto penale<sup>25</sup>.

Tali fenomeni certamente contribuiscono all'esaltazione dell'idea di sicurezza; essa, d'altronde, fin dalle origini dello Stato moderno assume un ruolo fondante ed allo stesso tempo ambiguo. È noto infatti come già in Hobbes lo Stato Leviatano venga legittimato in quanto garantisce sicurezza, superando il *bellum omnium contra omnes* attraverso un duplice contratto sociale, comprensivo del *pactum subjectionis*, con cui i consociati cedono integralmente le loro libertà all'autorità statale per ottenere sicurezza<sup>26</sup>. Ben diversi il contrattualismo di Locke e, successivamente, quello di Beccaria: il primo sancisce l'intangibilità dal potere statale di alcuni diritti umani<sup>27</sup>, il secondo afferma che, secondo ragione, ciascuno dei consociati non «vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile» della propria libertà<sup>28</sup>. Già per

---

<sup>23</sup> W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini – M. Pavarini, cit., 79 ss.

<sup>24</sup> Cfr. per tutti U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), 21. Aufl., Frankfurt a.M. 2012, *passim*, spec. 23 ss., 65-66.

<sup>25</sup> Cfr., a livello internazionale e da una prospettiva sociologica, spec. L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, nouvelle éd., Paris, 2015, 7, 10, 18 e *passim*; Id., *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Verona 2013, *passim*, spec. 27-28, 30 («transizione da un (semi)*welfare state* "maternalistico" a uno stato penale paternalista»), 44, dove si parla di una «vasta ristrutturazione del perimetro e delle funzioni dello stato, che ha comportato in modo simultaneo e convergente il restringimento (downsizing) della sua componente welfarista e l'accrescimento (upsizing) delle sue funzioni poliziesche, giurisdizionali e penitenziarie». V. pure, nella sociologia giuridico-penale italiana, spec. M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, 32 ss., 46-47, 109; nella dottrina penalistica, S. Moccia, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, a cura di A. Bevere, Napoli 2007, 123-124.

<sup>26</sup> Th. Hobbes, *Leviatano* (1651), a cura di R. Santi, Milano 2001, Parte seconda, Cap. XVII, par.1 («Il fine dello stato: la sicurezza individuale»), par. 13 ss., 275, 281 ss.

<sup>27</sup> J. Locke, *Due trattati sul governo* (1690), rist. della 3ª ed., Torino 2010, *Secondo Trattato*, cap. XI, 326 ss.

<sup>28</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di G. D. Pisapia, Milano 1973, par. II, 12.

questa ragione l'intervento punitivo statale, secondo Beccaria, dev'essere l'*extrema ratio*.

In effetti, sul piano giusfilosofico e su quello della politica del diritto ed in particolare della politica criminale, possono darsi concezioni diverse della sicurezza, condizionate da una visione autoritaria oppure liberale o, ancora, personalistico-solidaristica della società; e, in particolare, da visioni diverse dei rapporti tra interessi individuali e superindividuali. Sul punto si avrà modo di tornare.

L'attuale impiego del concetto di sicurezza quale entità onnicomprensiva da tutelare mediante l'intervento punitivo assume, come vedremo, connotati autoritari. Si tratta di una sorta di *super-ratio* dell'intero sistema penale e parapenale, ovvero di un equivalente del concetto di ordine pubblico, dotato, però, apparentemente di maggior pregnanza e presa emotiva, orientato com'è alla rassicurazione collettiva: che si tratti di contrastare il terrorismo, la criminalità organizzata di tipo mafioso o comune, le aggressioni alla persona, i reati contro il patrimonio o il mero degrado urbano, si può sempre invocare più “sicurezza”. Sicurezza sul lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza stradale, sicurezza del mercato mobiliare, sicurezza dall'immigrazione, sicurezza dalle droghe, sicurezza della vita e della borsa...

Un tale concetto onnivoro di sicurezza, nella sua genericità, è diffusamente riconosciuto quale inutilizzabile in funzione di bene giuridico: si tratta di una “Rumpelkammer von Begriffen”, un ripostiglio di concetti, non diversamente dal concetto di ordine pubblico<sup>29</sup>. Ed in effetti, la sua riproposizione riflette quella “pubblicizzazione artificiale” dei beni giuridici, autorevolmente osservata nel codice Rocco<sup>30</sup> e dipendente dall'idea secondo cui ogni reato è, al di là dell'“oggetto giuridico

---

<sup>29</sup> La celebre definizione dell'ordine pubblico risale notoriamente a K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig 1922, 352. In senso critico rispetto al bene sicurezza, cfr. fra i tanti spec. K. Amelung, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. Hefendehl – A. von Hirsch – W. Wohlers, Baden-Baden 2003, 172-173: «Sicurezza è l'assenza di pericolo di minaccia, in termini politico-criminali mancanza di punibili lesioni o esposizioni a pericolo di beni giuridici. Questa sicurezza sussiste, quando le norme penalmente sanzionate vengono osservate. Pertanto [...] sicurezza è soltanto il riflesso della vigenza fattuale delle norme, un nulla che grazie a un uso linguistico reificante viene trasformato in qualcosa di esistente e con ciò stilizzato in oggetto capace di assurgere a bene giuridico»; A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia - M. Palma, Milano 2001, 19 ss.; F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.* 2006, 673: «La sicurezza come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po' simile al valore dell'“obbedienza come tale” di antica memoria [...]. Non solo qualunque fatto violento si pone naturalmente in contrasto con la sicurezza, ma qualunque fatto anche lontanamente prodromico a quello è capace di attentare alla sicurezza [...]. L'esito finale di questa operazione mistificatoria è lo scardinamento dell'intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali»; M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., 55-56; G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, 92 ss. (sia pur con una conclusione cautamente ‘aperta’); L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., 8 ss.

<sup>30</sup> T. Padovani – L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna 1991, 46-47.

sostanziale specifico" di pertinenza del soggetto passivo, offesa dell'interesse statale alla propria conservazione e, sul piano formale, all'obbedienza ai precetti. Ogni violazione di precetti penali, per quanto esiguo o del tutto assente sia il suo contenuto di offesa a concreti interessi di altri consociati – si tratti, ad esempio, della mendicizia o dell'ubriachezza –, va punita in quanto foriera di 'disordine pubblico' e/o quale mera disobbedienza: una tolleranza zero *ante litteram*.

Allo stesso tempo, il riferimento al concetto di sicurezza viene impiegato anche per propugnare una particolare concezione del modo in cui tutelare i vari beni giuridici 'specifici', concreti, che vengono realmente in considerazione – vita, incolumità, patrimonio, etc. -: quella concezione che assolutizza la protezione dei beni giuridici, pretendendo di tutelarne esasperatamente la sicurezza nel senso di assegnare al diritto penale e, ovunque lo si ritenga opportuno, a rimedi parapenali la funzione di neutralizzare, prima possibile e quanto più possibile, i rischi sociali, espandendo ed inasprendo l'intervento contro gli autori pericolosi. In tal modo la sicurezza, intesa quale funzione di massima neutralizzazione di pericoli, ossia di prevenzione speciale negativa, prevale incondizionatamente sulle garanzie individuali<sup>31</sup>.

Queste due funzioni del concetto di sicurezza – da un lato, finto bene giuridico onnicomprensivo, proprio di un diritto penale della disobbedienza; dall'altro, sinonimo di massima neutralizzazione dei pericoli – si rafforzano a vicenda, convergendo in una sorta di 'doppio binario': repressione della disobbedienza, neutralizzazione specialpreventiva di pericoli.

3.2. L'ideologia della sicurezza, come ho accennato, si riflette nei tre ambiti fondamentali del diritto penale: teoria e prassi delle fonti, del reato, della pena. In questa sede è possibile solo tratteggiare sinteticamente queste relazioni.

Centrale è la funzione della pena<sup>32</sup>; ad essa si ricollegano struttura dell'illecito ed implicazioni in materia di fonti.

3.2.1. Ebbene, sul piano della funzione della pena sussiste un chiaro e risalente nesso tra sicurezza e prevenzione speciale negativa<sup>33</sup>. La sicurezza si pone qui non come bene giuridico, ma come sintesi di una funzione del diritto penale e di corrispondenti modalità di tutela dei beni giuridici attraverso la sanzione: l'intervento punitivo

---

<sup>31</sup> Su tale accezione 'specialpreventiva' di sicurezza, risalente alla Scuola positiva e riproposta, da ultimo, nel diritto penale del nemico di G. Jakobs, sia consentito rinviare ad A. Cavaliere, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in CD 2009, 43 ss.

<sup>32</sup> Sui nessi tra funzione della pena e struttura del reato e sulle implicazioni delle diverse teorie della pena in tema di legalità cfr. le magistrali pagine di S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 17 ss., 121 ss.

<sup>33</sup> Lo pone in evidenza, a ragione, in particolare W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza*, cit., 81-82.

persegue cioè la finalità di neutralizzare l'autore pericoloso. Perseguire la sicurezza significa 'mettere al sicuro' la società dal soggetto pericoloso.

Una tale 'difesa sociale' è la funzione manifesta dell'intervento penale; ma ad essa, come ho accennato, corrisponde una funzione latente di rassicurazione simbolica dei consociati circa l'aspettativa che ogni pericolo venga neutralizzato. Sotto altro profilo, lo Stato che si presenta quale garante della sicurezza rischia sempre di scivolare, dalla tutela di beni, verso il rafforzamento della sua stessa autorità, tipico del diritto penale della disobbedienza. Nella 'classica' formulazione «Punitur quia peccatum est, ne res publica detrimentum auctoritatis capiat»<sup>34</sup>, si trova l'idea della riaffermazione dell'autorità statale, ovvero un autorevole antecedente di quella teoria generalpreventiva positiva di sapore neoretributivo, collocata sul piano comunicativo-simbolico<sup>35</sup>, enunciata da Jakobs in rapporto al diritto penale del 'cittadino', contrapposto a quello del nemico, per il quale viene in considerazione la pura neutralizzazione<sup>36</sup>.

I riflessi di un tale intreccio di funzioni della sicurezza, quale ideologia della pena, sulla struttura del reato e sulle fonti saranno illustrati più avanti. Vanno qui indicati quelli relativi al sistema sanzionatorio.

Sul piano della comminatoria edittale, viene naturalmente in considerazione un inasprimento, sproporzionato al fatto ed orientato alla pericolosità dell'autore, in particolare se recidivo o addirittura delinquente abituale o professionale<sup>37</sup>. Ciò avviene, ora, anche per le pene, mentre per le misure di "sicurezza" (!) l'orientamento alla pericolosità dell'autore è, com'è noto, il loro stesso marchio di fabbrica.

Ma l'ideologia della sicurezza incide pure sulla scelta della tipologia di sanzione. La neutralizzazione del soggetto pericoloso in vista della massima sicurezza deve avvenire prima possibile, al primo sospetto: le misure di prevenzione, *ante o praeter delictum*, nascono con l'ideologia della pericolosità sociale e ritornano, oggi, con il *revival* di quest'ultima. Si ripresentano quali misure di polizia, adottate dal questore - o, come abbiamo avuto modo di vedere, dal sindaco - ed orientate ad una prevenzione

<sup>34</sup> E. Beling, *Grundzüge des Strafrechts*<sup>4</sup>, Tübingen 1913, 7; ma v. soprattutto Id., *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Leipzig 1908, 2 ss. e *passim*.

<sup>35</sup> G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*<sup>2</sup>, Berlin - New York 1993, 9-10; v. pure Id., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn 2004, 28-29.

<sup>36</sup> «Nel diritto penale del cittadino la funzione manifesta della pena è la *contraddizione*, nel diritto penale del nemico, *l'eliminazione di un pericolo* [...]. Entrambi i tipi possono essere legittimi», cfr. G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS* 2004, *Heft* 3, 95. Per una più ampia analisi e critica della concezione di Jakobs, sia consentito rinviare ad A. Cavaliere, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini - R. Orlandi, Bologna 2007, 265 ss.

<sup>37</sup> Va ricordato che ad es. F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (ed. 1905), trad. it., Milano 1962, 56-57, per la «neutralizzazione» dei delinquenti irrecuperabili - tra i quali annoverava autori di furti ed altri reati contro il patrimonio - proponeva dopo la terza condanna «l'isolamento del reo a tempo indeterminato».

esasperatamente anticipata, formalmente 'amministrativa' ma in sostanza penale. Tali misure si estendono progressivamente a sempre nuovi soggetti pericolosi, fino ai recenti "dacur", ossia a pene del sospetto volte a 'neutralizzare' soggetti ritenuti pericolosi per la sicurezza urbana. Esse, come accennavo, sono presidiate mediante il richiamo al diritto penale della disobbedienza: ossia mediante la previsione della pena detentiva nell'ipotesi dell'inosservanza del provvedimento dell'autorità.

Ma l'emblema inquietante del diritto punitivo della sicurezza, sul piano delle sanzioni e non solo, è la detenzione 'amministrativa' dei migranti irregolari. In essa convergono la prevenzione di una sospetta pericolosità del tipo d'autore, spinta fino all'*horror libertatis*; la repressione della mera trasgressione consistente nell'immigrazione irregolare; e la neutralizzazione spersonalizzante realizzata mediante la segregazione in gabbie desolate, come quelle dei CPR e degli 'hotspots'.

Sul piano dell'esecuzione delle sanzioni, invero, l'idea di neutralizzazione della pericolosità reca con sé in via generale la spersonalizzazione dell'autore, visto non quale soggetto di diritti all'interno di un trattamento sanzionatorio, bensì come mero oggetto di esclusione sociale, in quanto rappresenta una fonte di pericolo da cui porsi al 'sicuro'. In un sistema sanzionatorio orientato alla rieducazione quale il nostro, l'orientamento alla neutralizzazione si coglie nell'esclusione di alcuni 'tipi di autore' dalle normali regole del trattamento rieducativo e dalle misure alternative alla detenzione quali parti integranti del trattamento: gli artt. 4-bis e 41-bis ord. penit. sono misure di "incapacitazione selettiva". E l'ergastolo ostativo è l'acme della neutralizzazione securitaria.

3.2.2. Sul piano delle fonti, l'ideologia della sicurezza tende a trasferire poteri all'esecutivo, ad 'amministrativizzare' l'intervento penale e a far assumere connotati sostanzialmente penali o parapenali ad illeciti e sanzioni formalmente amministrativi. Ne è testimonianza lampante la detenzione cosiddetta amministrativa dei migranti, su cui ci siamo appena soffermati: una privazione della libertà personale 'bagattellizzata' e sottratta, così, alle garanzie del diritto e del procedimento penale. Altri segnali inquietanti dell'erosione dello Stato di diritto sono presenti nei recenti decreti sicurezza, che, com'è noto, prevedono il potere del Ministro dell'interno, per vaghe ragioni di "ordine" e "sicurezza", di vietare l'ingresso e la sosta alle navi che trasportano migranti; divieti la cui inosservanza era, com'è noto, pesantemente sanzionata in via amministrativa ed ora costituisce reato.

Ma l'espressione politico-mediatica forse più emblematica della manipolabilità a scopi liberticidi del concetto di sicurezza è stata rappresentata dal ripetuto tentativo di giustificare la privazione della libertà personale di decine di migranti - tratti in territorio italiano a bordo di navi -, che senza alcun dubbio realizzava gli elementi del

fatto tipico di sequestro di persona e dunque poteva risultare lecita solo in presenza di una scriminante, mediante il generico riferimento alla prevalenza dell'interesse alla "sicurezza nazionale": una sorta di *Staatsnotwehr*, "legittima difesa di Stato", dai presupposti del tutto indeterminati, ritenuta tale da giustificare la lesione, da parte della pubblica autorità, di beni primari della persona<sup>38</sup>. Più in generale, è noto come l'ideologia della sicurezza nazionale sia stata evocata a sostegno di molte dittature.

Il riferimento alla tutela della sicurezza pubblica tende in effetti - come indica quanto si è detto finora - ad attrarre gli interventi preventivi e repressivi in materia verso il diritto di polizia. L'art. 1 del r.d. n.773/1931, Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del regime fascista, tuttora in vigore, sancisce: «L'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà [...]. Le attribuzioni dell'autorità provinciale di pubblica sicurezza sono esercitate dal prefetto e dal questore; quelle dell'autorità locale dal capo dell'ufficio di pubblica sicurezza del luogo [...]». La tutela di ordine pubblico e sicurezza è dunque compito primario dell'autorità di pubblica sicurezza.

Com'è noto, in tempi recenti Jakobs ha sostenuto che, dal momento che il nemico, ponendosi in irriducibile contrasto con l'ordinamento, non è soggetto con cui l'ordinamento instauri la relazione comunicativa in cui si sostanzierebbe secondo l'Autore l'intervento punitivo, la funzione del diritto penale nei suoi confronti è la neutralizzazione della pericolosità: il nemico non è persona, ma mera fonte di pericolo. Testualmente, «si tratta della sicurezza da una fonte di pericolo, come con una bestia selvaggia (wie bei einem wilden Tier), non del rapporto con una persona»<sup>39</sup>. Una tale fonte di pericolo va dunque semplicemente gestita, contenuta, 'amministrata' fino alla neutralizzazione.

A tal scopo servono le misure di polizia o di prevenzione: esse neutralizzano preventivamente pericoli, in via formalmente amministrativa.

I decreti sicurezza applicano questo ordine di idee, in particolare, alla sicurezza urbana: gli ordini di allontanamento del sindaco, quale autorità di pubblica sicurezza, e del questore, nei confronti di ubriachi, contravventori alla pubblica decenza, commercianti abusivi e parcheggiatori abusivi, etc. sono provvedimenti di polizia volti alla neutralizzazione di soggetti avvertiti - *rectius*, stigmatizzati - come pericolosi.

A questo complesso normativo di provvedimenti di polizia i decreti sicurezza, a partire dal 2018, forniscono il presidio della sanzione penale: si prevedono, infatti, come si è sinteticamente illustrato, numerose ipotesi normative speciali di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, ossia di reati di mera disobbedienza. Ciò significa

---

<sup>38</sup> Sulle ascendenze storiche e i gravi rischi per lo stato di diritto connessi a tale figura, cfr. C. Roxin, *Strafrecht, AT, Bd. I, Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*<sup>4</sup>, München 2006, p.674, con ult. rif. bibl.

<sup>39</sup> G. JAKOBS, *Staatliche Strafe*, cit., 41.

assumere l'art. 650 Cp a modello di incriminazione del diritto penale della sicurezza; un modello nel quale la vera fonte del precetto penale è costituita dall'ordine dell'autorità di polizia, diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina prevalente, che tende a salvare la legittimità della tecnica normativa impiegata nell'art. 650 Cp, anche a costo di riconoscere apertamente che si tratti della punizione della disobbedienza come tale <sup>40</sup>. Infatti, prima che venga emanato l'ordine di allontanamento (d.a.c.u.r. o 'daspo' urbano), il precetto la cui inosservanza costituisce reato non esiste, ed è tale ordine che il destinatario deve poter conoscere e che può osservare o trasgredire. Negare questo dato costituisce, a mio avviso, una manifestazione di tartufismo giuridico. I reati di inosservanza di un provvedimento dell'autorità elevano quel provvedimento a fonte di diritto penale e il ricorso, ormai elevato a regola, a tali tecniche di tutela penale nei decreti sicurezza testimonia gli effetti che l'ideologia securitaria comporta in materia di fonti.

3.2.3. Sul piano della teoria del reato, l'ideologia securitaria incide fondamentalmente in due modi: attraverso l'adozione della sicurezza quale pseudo-bene giuridico e attraverso l'anticipazione della tutela, che può assumere svariate forme.

Come abbiamo avuto modo di vedere, l'inidoneità del concetto di sicurezza a fungere da bene giuridico è ormai conclamata in dottrina; si tratta di un ripostiglio concettuale, di un calderone onnicomprensivo. Si può parlare di sicurezza - oggettiva o meramente soggettiva/percepita - della vita, dell'integrità fisica, del patrimonio etc.; e si può giungere ad affermare l'esigenza di tutelare penalmente i consociati dalla sensazione di insicurezza derivante dal degrado urbano, dal disordine, dalla presenza di soggetti marginali quali i mendicanti, gli ubriachi e i venditori abusivi, oppure di persone dissenzienti che danno luogo a manifestazioni di protesta, blocchi stradali, occupazioni di immobili... L'onniscoprensività del bene sicurezza è proprio ciò che, nel linguaggio mediatico, ne consente la strumentalizzazione in chiave di tolleranza zero o 'law and order': se tutto è sicurezza, si può impiegare il diritto penale a fronte di qualunque turbativa della civile convivenza e a tutela del mero 'decoro urbano', magari ricorrendo alla nota teoria criminologica delle 'finestre rotte'<sup>41</sup>. I contenuti dei decreti sicurezza lo dimostrano in maniera evidente e danno vita ad un apparato repressivo incentrato sulla punizione della mera disobbedienza. In tal senso, si tratta di un

---

<sup>40</sup> Cfr. M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 39: «È lecito affermare che rileva qui la c.d. *disobbedienza come tale* (cfr. Rocco, *Oggetto*, 505; Delitala, *Fatto*, 195) nel senso che l'illecito è dalla legge interamente costruito sulla trasgressione di singoli comandi», seppure, premette l'Autore, per la tutela mediata di determinati interessi. Di diverso avviso G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 110-112.

<sup>41</sup> Sull'erroneità di tale modello criminologico cfr. M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, cit., 41 ss.

concetto dalla portata molto più ampia di quello jakobsiano di 'nemico', che pure, come è stato rilevato, si presta ad un'espansione indeterminata.

Altrettanto noto è il dato per cui il riferimento al bene vago ed onnicomprensivo della sicurezza consente di orientare la repressione penale in modo classista, ovvero verso forme di devianza proprie di soggetti marginali, dalla piccola criminalità predatoria dei furti e degli scippi ai piccoli illegalismi e alle semplici trasgressioni, distogliendo l'attenzione da altre forme di criminalità ben più gravi<sup>42</sup>.

Da un altro angolo visuale, il concetto di sicurezza, come abbiamo avuto modo di vedere, si ricollega ad una finalità di neutralizzazione della pericolosità assegnata alla sanzione penale. Conseguentemente, sul piano della struttura dell'illecito si assiste ad un orientamento esasperato all'anticipazione della tutela, che - in modo del tutto corrispondente all'onnicomprendività del bene sicurezza - assume le forme più disparate, ma sempre orientate alla predetta finalità<sup>43</sup>. Si va dai reati di pericolo volti a prevenire rischi tecnologici per la 'sicurezza' dell'ambiente o della salute, fino all'adozione del cd. principio di precauzione, che conduce a prescindere da una dimostrata pericolosità anche astratta della condotta. Si anticipa la tutela ai più remoti atti preparatori, in particolare in materia di terrorismo. Si amplifica lo strumentario punitivo mediante un rinnovato ricorso a misure di prevenzione personali nelle materie più disparate, dalla violenza negli stadi al contrasto alla violenza di genere ed all'omofobia... per giungere ai ricordati "daspo" e "dacur", nonché alla detenzione amministrativa dei migranti, che sotto tale punto di vista è una misura cautelare fondata sulla sospetta pericolosità del migrante, se lasciato libero.

Il ritorno ad un'ideologia della neutralizzazione della pericolosità, che si realizza mediante il ricorso allo *slogan* della sicurezza, si traduce in un diritto penale dell'autore non solo sotto il profilo già esaminato della selezione di determinati 'tipi d'autore' marginali o dissenzienti e non solo sotto l'aspetto dell'anticipazione della tutela, ma anche perché la punizione orientata alla neutralizzazione è sproporzionata rispetto al fatto ed orientata alla pericolosità dell'autore: con la legge cd. ex Cirielli si è tornati alla 'lotta' alla recidiva della Scuola positiva.

Ancora, l'ideologia securitaria incide sulla struttura del reato pure al livello delle scriminanti e delle scusanti. La riforma della legittima difesa domiciliare, realizzata con la l. n. 36/2019, accorda "sempre" la più ampia facoltà di tutelare la sicurezza personale e dei propri beni, neutralizzando l'"intruso": ormai non si presume più soltanto la proporzione - come accadde con l'introduzione dei co. 2-3 dell'art. 52 Cp ad opera della l. n. 59/2006 - , ma si presumono tutti i requisiti della legittima difesa, art. 52 co.4 Cp! La stessa percezione di insicurezza, ovvero il "grave turbamento", scusa

---

<sup>42</sup> Cfr. per tutti L. Wacquant, *Iperincarcerazione*, cit., 64 ss.; M. Pavarini, *Governare la penalità*, cit., 154-155.

<sup>43</sup> Cfr. l'ampia disamina di F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., 396 ss.

l'eccesso colposo di difesa domiciliare, art. 55 co. 2 Cp. Inoltre, come ho ricordato in precedenza, l'art. 19 del primo decreto sicurezza autorizza l'uso della famigerata pistola ad impulsi elettrici chiamata "taser" anche da parte della polizia municipale. Un tale ampliamento delle facoltà di difesa privata e pubblica si orienta chiaramente allo scopo della neutralizzazione più 'sicura', pronta e potenzialmente letale di tipi d'autore pericolosi.

4.

4.1. Il securitarismo è tanto avversato da giuristi e scienziati sociali – almeno da quelli attenti alla tutela dei diritti della persona in rapporto all'esercizio del potere punitivo - quanto popolare. Sebbene l'esaltazione della necessità di un più forte intervento repressivo statale continui a rappresentare un connotato ideologico fondamentale di ideologie reazionarie ed autoritarie, anche orientamenti politici 'democratici' e 'progressisti' tendono a rivendicare il proprio ruolo di tutori non meno 'forti' della sicurezza. E purtroppo interpretano tale ruolo in modo non molto dissimile, ossia utilizzando lo stesso concetto onnicomprensivo ed autoritario di sicurezza e puntando sull'intervento penale o comunque punitivo quale *prima ratio*. Ciò risulta mediaticamente efficace e politicamente redditizio in termini di consensi a breve termine.

A mio avviso, tuttavia, è necessario e possibile, anche in termini di consenso sociale, ricostruire dalle fondamenta il discorso intorno alla sicurezza, se si parte dalla demistificazione di tale concetto, ma anche, allo stesso tempo, dal riconoscimento dei bisogni di tutela che vengono distorti mediante quello *slogan*.

Come abbiamo visto, il concetto onnicomprensivo di sicurezza costituisce una *super-ratio*, un vago bene superindividuale che - ponendo sullo stesso piano aggressioni alla vita ed all'incolumità fisica e mere turbative del decoro urbano, oppure, per altro verso, fatti offensivi, atti preparatori e meri sospetti - prevale sulle libertà e sui diritti individuali, legittimando l'espansione incontrollata dell'intervento punitivo contro gli autori 'pericolosi'.

Decostruire il concetto di sicurezza, ossia abbandonare il riferimento ad un tale contenitore indistinto, comporta ripartire dai bisogni reali delle persone, ricostruendo una scala costituzionalmente orientata di esigenze di tutela di beni giuridici.

Verranno allora in considerazione bisogni di protezione della vita – ad esempio, da aggressioni terroristiche o dalla violenza domestica e di genere -; della salute – si pensi alla protezione da infortuni sul lavoro oppure dalle malattie dovute all'esposizione a sostanze o al consumo di prodotti nocivi, ma anche alla tutela del diritto, per tutti, di accedere a prestazioni sanitarie adeguate -; del pieno sviluppo della personalità – attraverso l'effettiva garanzia dell'esercizio dei diritti costituzionalmente sanciti

all'istruzione, al lavoro e ad un'equa retribuzione che assicuri al lavoratore una vita dignitosa -; del patrimonio - anzitutto nel senso del diritto di tutti ai mezzi minimi di sussistenza ed alle prestazioni dello stato sociale necessarie a garantirlo -; e così via. Bisogni fondamentali, meritevoli di una tutela proporzionata ed efficace: ma di una tutela apprestata dall'intero ordinamento costituzionale, e non mediante il solo intervento penale!

Il riferimento al *totem* della sicurezza finisce per celare ciò di cui le persone hanno realmente bisogno, ossia della tutela dei loro diritti fondamentali, e per nascondere con l'alibi dell'intervento punitivo il venir meno delle istituzioni pubbliche ai loro doveri di garantire e rendere effettivi quei diritti mediante politiche sociali, economiche, culturali e, quindi, mediante gli interventi normativi extrapenali necessari<sup>44</sup>.

La via d'uscita dall'ossessione della sicurezza e dalla conseguente espansione dell'intervento punitivo consiste, dunque, non in una visione 'liberale' del diritto penale, ma in una concezione personalistica e solidaristica orientata alla Costituzione, che assegni anzitutto ad interventi ordinamentali diversi da quelli penali il compito di tutelare i diritti fondamentali di tutte le persone<sup>45</sup>.

Volendo rovesciare i termini del discorso dominante intorno alla sicurezza, si tratterebbe di assegnare il primato alla sicurezza sociale, ovvero, di invertire il *trend* del passaggio dallo stato sociale allo stato penale; nella consapevolezza delle concause sociali che sono alla base dei fenomeni criminali e dello stesso etichettamento di condotte quali 'devianti'. Ma anche il generico concetto di sicurezza sociale va disaggregato e scomposto nella tutela, efficace e proporzionata, dei diversi diritti della persona, secondo una scala di priorità costituzionalmente orientata.

Com'è stato autorevolmente osservato, «il garantismo è debole, tanto come teoria che come pratica, se agisce solo come un limite, e non anche come un progetto: se si limita a dire cosa *non* si deve fare [...] e non offre anche indicazioni positive per una politica di protezione dei diritti, per una politica rivolta, cioè, a modificare variabili comportamentali, situazionali e sociali che influiscono o possono influire su di essi». Occorrono «progetti di politiche integrate, multiagenziali, per rispondere ai diversi *problemi della sicurezza* in modo differenziato e adeguato alla complessità di ciascuno di essi». «Nel suo significato più ampio, il garantismo è l'emancipazione di tutti i bisogni reali, la protezione di tutti i diritti fondamentali [...]. In questo significato il garantismo dovrebbe essere la bandiera stessa delle forze progressiste». «Il garantismo

---

<sup>44</sup> C. Roxin, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York 1973, 41: «La "fuga nel diritto penale" significa spesso solo un sottrarsi della società ai propri compiti politico-sociali costruttivi. Segnarlo ad essa e fissare in modo autocritico i limiti della propria possibilità di incidere è dovere anche della scienza penalistica».

<sup>45</sup> Cfr. spec. S. Moccia, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, cit., 122 ss.

come progetto politico ha un consenso potenziale molto più grande di quello che non è riuscita ad ottenere, finora, la critica garantistica della comunità scientifica dei penalisti», purché esso sia garanzia dei diritti di tutti, e non "pseudo garantismo", ovvero garanzia solo dei potenti dall'intervento penale, all'infuori di qualunque progetto di emancipazione sociale e di eguaglianza, che richiede interventi attivi da stato sociale di diritto<sup>46</sup>.

Un tale ordine di idee arricchisce l'idea di *extrema ratio* di un contenuto positivo essenziale. «Un corollario della sussidiarietà è quello della complementarità. Cioè, sostengo che vi sono tre forme corrette di rispondere a conflitti, tanto a livello degli Stati che dell'Unione. Una prima è non fare nulla: non sempre bisogna intervenire, quando vi è conflitto. La seconda è fare altro che un intervento penale, che dovrebbe essere quella normale; e la terza è ricorrere ad un intervento penale insieme ad altro. L'intervento penale, specialmente nel campo del diritto penale in senso stretto, oggi io non lo considero più possibile come risposta isolata, ed appunto la risposta isolata è quella quarta alternativa non corretta che è propria dell'efficientismo, che ritiene che, con il taumaturgico strumentario del diritto penale, e solo con quello, si possano risolvere i conflitti»<sup>47</sup>.

Proviamo a tratteggiare rapidamente qualche esempio in materia di sicurezza. Cominciamo dal degrado e dal decoro urbano. Anziché intervenire in termini repressivi su mendicanti, ubriachi e senzatetto, occorrerebbe garantire i diritti fondamentali a mezzi minimi di sussistenza, e in primo luogo ad un alloggio, nonché l'accesso a servizi di assistenza sociale, sanitaria e psicologica distribuiti in maniera capillare sul territorio<sup>48</sup>. In questi tempi di pandemia, l'assenza o le gravi carenze della medicina territoriale sono sotto gli occhi di tutti e il suo potenziamento rientra tra le priorità di programmi strutturali e non meramente emergenziali di governo: ma ciò vale, analogamente, nei settori dell'assistenza sociale e psicologica.

Oppure, accenniamo ad un altro aspetto, ben più preoccupante, tra quelli raccolti nel contenitore della sicurezza: la sicurezza sul lavoro. Un intervento efficace in tale materia non può consistere nel mero inasprimento delle pene o nell'ulteriore estensione di una normativa penale già ipertrofica: dovrebbero venire in considerazione, invece, interventi extrapenali che favoriscano l'emersione

---

<sup>46</sup> Cfr. A. Baratta, *Prefazione* a S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*<sup>2</sup>, Napoli 1997, XXV-XXVII.

<sup>47</sup> A. Baratta, *Il Corpus Juris e la cultura giuridico-penale europea*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. Moccia, Napoli 2004, 35-36.

<sup>48</sup> Cfr. già C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 14: «Significato prioritario ha inoltre l'assistenza sociale: le persone [...] quali mendicanti, vagabondi etc. si possono integrare con i suoi mezzi meglio che mediante sanzioni penali, le quali spesso spingono definitivamente tali persone vulnerabili sulla strada sbagliata».

dell'economia sommersa e la regolarizzazione dei lavoratori, investimenti nella formazione con particolare riguardo alla prevenzione antinfortuni, nonché un rafforzamento delle agenzie deputate al controllo e all'applicazione di sanzioni amministrative, attualmente caratterizzate da organizzazione e risorse umane e strumentali gravemente inadeguate.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi; si pensi solo al contrasto della criminalità organizzata. Ma un ultimo cenno mi sembra opportuno dedicarlo al superamento di una visione securitaria in materia di violenza domestica e di genere. Ormai a livello europeo – si pensi alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011 e sottoscritta dall'Italia il 27 settembre 2012 – è maturata la consapevolezza che una prevenzione efficace di tali fenomeni debba passare attraverso interventi di prevenzione primaria – cioè rivolta alla generalità dei consociati e da attuare in campo economico, sociale e culturale – e secondaria, cioè rivolta a prevenire ed affrontare adeguatamente ed in maniera sistematica singoli e concreti fatti di violenza, anche in modo proattivo, cioè prima che si verifichino. Tali interventi vengono elencati nei capitoli III e IV della Convenzione e riguardano misure volte all'emancipazione, in particolare sul piano economico, delle donne (art. 12); l'informazione e l'educazione a modelli culturali non discriminatori (artt. 12-14); interventi concordati con i *media* in rapporto alla rappresentazione di contenuti violenti o degradanti (art. 17). Sul piano della prevenzione secondaria, vengono previsti interventi quali le linee telefoniche dedicate (art. 24), i servizi informativi sul territorio (artt. 19 e 21), i servizi di assistenza sanitaria, economica – v. in particolare l'art. 18, co. 3, 4° alinea –, abitativa, lavorativa e legale (artt. 20, 22), le case rifugio anche per vittime potenziali di violenza (art. 23), la formazione adeguata degli operatori professionali (artt. 15, 20 co. 2), i programmi di prevenzione e cura rivolti agli autori di violenze, al fine di scongiurare violenze ulteriori (art. 16).

4.2. Prevenire la criminalità e tutelare i diritti fondamentali delle persone richiede, dunque, interventi diversi e ben più efficaci di quello penale, orientati a prospettive personalistiche e solidaristiche, da stato sociale di diritto.

A fronte di ciò, risulta di corto respiro e, per certi versi, fuorviante l'idea di contrastare l'ideologia securitaria con un ritorno al diritto penale "liberale". In questa sede è possibile soltanto accennare ad un tema così complesso, ma è necessario farlo, perché quell'idea si pone in termini parzialmente diversi rispetto a quella che si è cercato di riproporre.

Alcuni autorevoli orientamenti dottrinali reclamano la riduzione dei compiti della dottrina penalistica ad una *Strafbegrenzungswissenschaft*, una scienza di mera

limitazione del diritto penale. Ciò si fonda – in maniera più o meno tacita – sulla negazione di qualsiasi funzione socialmente utile dell'intervento penale, stigmatizzato quale mero fatto di potere<sup>49</sup>, ovvero sull'avversione nei confronti di un diritto penale orientato verso finalità di prevenzione generale e speciale<sup>50</sup>. Entrambe le posizioni convergono non in una posizione abolizionistica, come ci si potrebbe attendere, bensì verso il ritorno all'idea lisztiana del diritto penale quale limite alla politica criminale. Ma, diversamente dal modello lisztiano – al cui interno il diritto penale doveva fungere da argine garantistico ad una politica criminale orientata in senso specialpreventivo, prevalentemente negativo<sup>51</sup> –, quello proposto più di recente si fonda su una posizione agnostica o scettica circa la funzione della pena ed in particolare verso il finalismo rieducativo, oppure sul ritorno alla teoria retributiva.

Quest'ultima posizione 'liberale' condanna senza appello il diritto penale della prevenzione, perché porterebbe ineluttabilmente, e fin dalle origini del diritto penale moderno, al diritto penale della sicurezza. Ma in questa condanna, certamente fondata in rapporto alla critica degli orientamenti ispirati alla prevenzione speciale negativa o alla mera deterrenza, è impossibile non scorgere una palese unilateralità: anzitutto perché ignora gli aspetti positivi della prevenzione, intesa quale risocializzazione e, più ampiamente, integrazione sociale<sup>52</sup>; ed in secondo luogo perché l'alternativa costituita da un diritto penale fondato sulla teoria retributiva presenta anch'essa una "robusta tradizione" che va dal fondamento su fonti teocratiche, alla confusione tra reato,

---

<sup>49</sup> Si tratta dell'orientamento elaborato da E. R. Zaffaroni a partire da *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), Napoli 1994, spec. 194 ss.

<sup>50</sup> W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza*, cit., spec. 88-89, dove l'Autore si oppone ad un diritto penale orientato alla prevenzione sulla base della «certezza che la pena può soltanto reagire ad un comportamento ingiusto, imputabile, del passato» e propugna un «diritto penale negativo, un diritto penale di negazione».

<sup>51</sup> F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* (1905), r.a. Berlin 1970, Bd. I, 132, 152 ss., 174 ss. Cfr. in proposito Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*<sup>3</sup>, Göttingen 1965, 381 ss.; H. Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim – Leipzig – Berlin 1935, 29 ss.; W. Naucke, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *ZStW* 1982, 525 ss., spec. 541 ss., 547.

C. Roxin, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, cit., 66 ss., pur nel contesto di una generale affermazione di continuità tra la concezione politico-criminale lisztiana e quella dell'*Alternativ-Entwurf*, rileva, però, puntualmente gli aspetti inaccettabili della prima, in particolare in rapporto al ridottissimo ambito riconosciuto da von Liszt alla rieducazione ed alla prevalente identificazione della prevenzione speciale con la neutralizzazione, spinta in qualche caso fino ad eccessi che costituiscono «quasi un modello per pratiche da campo di concentramento, contrarie alla Costituzione» (ivi, p.67, nota 124). V. in particolare le considerazioni sul ridottissimo ambito dei delinquenti 'correggibili' in F. von Liszt, *Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des StGBs in Aussicht zu nehmen?* (1902), in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, cit., Bd. II, 399-400.

<sup>52</sup> Su tale concetto, per tutti, C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, cit., 85 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 ss.

peccato e mera disobbedienza allo Stato etico, alla pena di morte, in particolare per le streghe e gli eretici<sup>53</sup>.

La posizione agnostica, invece, parte da una critica condivisibile, sociologicamente supportata, al reale funzionamento dei sistemi penali, ovvero alla funzione di esclusione sociale e/o di riproduzione della delinquenza da essi svolta nella prassi e magari anche consapevolmente perseguita da ideologie autoritarie o neoliberiste. Tuttavia, tale posizione appare contrassegnata da una fallacia naturalistica: perché deduce dall'essere l'impossibilità di un diverso dover essere, in particolare orientato alla risocializzazione.

In tal modo, però, riducendo il compito della scienza penale al mero porre limiti all'intervento statale, non si dà conto del perché di tali principi di limitazione e della funzione che quel diritto penale 'liberale', così limitato, dovrebbe svolgere. Detto brevemente: perché punire solo fatti lesivi di beni giuridici altrui, se non per la ragione che il diritto penale ha la legittima finalità politico-criminale di prevenire proprio e soltanto tali offese? E a quale scopo legittimo applicare una pena detentiva, laddove anche secondo un diritto penale 'minimo', inteso quale mero argine garantistico, ciò è inevitabile per mancanza di alternative? Una pena 'minima', limitata, deve pur servire a qualche scopo legittimo, se non si vuole che sia mera afflizione retributiva, sterilmente priva di contenuti, oppure addirittura neutralizzazione fino all'annientamento.

In termini di teoria della pena, la posizione qui sottoposta a critica, cancellando il finalismo rieducativo, cancella il no alla pena di morte e all'ergastolo - specialmente ostativo -, perché quel 'no' si fonda su di un tale finalismo, posto che non si può risocializzare un cadavere o un detenuto con "fine pena mai"; cancella un'esecuzione penale orientata al trattamento rieducativo, e dunque all'offerta di istruzione, di formazione professionale, di rapporti con il nucleo familiare e col mondo esterno; cancella il contrasto alle pene detentive brevi, orientato alla risocializzazione; cancella le misure alternative alla detenzione e la stessa sospensione condizionale. Tutti istituti che non sono meri "limiti" alla politica criminale, ma, al contrario, sono teleologicamente orientati al perseguimento di finalità politico-criminali, costituzionalmente imposte, di integrazione sociale.

Ciò che limita, fonda. Una *Strafbegrenzungswissenschaft* si fonda necessariamente su opzioni politico-criminali legittime. Si tratta di un insegnamento sorprendentemente, quanto rapidamente, dimenticato: quello del *Berliner Programm* di Claus Roxin. «La vincolatività del diritto ed il finalismo della politica criminale non possono essere in contraddizione, ma devono ricondursi a sintesi, così come stato di diritto e stato

---

<sup>53</sup> Cfr. sul tema S. Moccia, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*<sup>2</sup>, Napoli 1988, 11 ss.

sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica»<sup>54</sup>. Sussidiarietà, legalità, offensività, personalità della responsabilità, finalismo rieducativo, non sono meri "limiti" dell'intervento penale: sono principi di una politica criminale da stato sociale di diritto, orientata alla Costituzione<sup>55</sup>. Principi che fondano la legittimità del diritto penale quale *extrema ratio* della politica sociale, che coniughi istanze non solo 'liberali', ma anche e soprattutto personalistiche e solidaristiche.

Alla stregua delle considerazioni svolte, anche la recente iniziativa della pubblicazione di un "manifesto" del diritto penale "liberale"<sup>56</sup>, impiega un termine riduttivo e per certi versi fuorviante. Le motivazioni e i contenuti del "manifesto" appaiono sicuramente comprensibili e condivisibili, a fronte dell'imperversare di un populismo securitario alimentato da politica, *mass media* ed anche settori della magistratura; e tenendo conto, sul piano internazionale e finanche di alcuni ordinamenti nazionali europei, dell'avanzata di orientamenti autoritari che propugnano una "democrazia illiberale", con i corollari della tirannia della maggioranza e degli interessi superindividuali sull'individuo, dell'attacco alle garanzie costituzionali ed in particolare alla separazione dei poteri, nonché della brutale repressione del dissenso. Fintanto che si tratta di opporre "liberales und autoritäres Strafrecht"<sup>57</sup>, l'unica opzione possibile nel nostro ordinamento - e non solo, alla luce delle Carte internazionali - è ovviamente la prima.

Tuttavia, il modello teorico cui fare riferimento non può essere soltanto quello "liberale", per la semplice ragione che tale definizione mette in ombra il carattere democratico, personalistico e solidaristico di un diritto penale conforme alla nostra Costituzione.

Già il riferimento al principio di legalità, inteso quale comprensivo della riserva di legge parlamentare e della determinatezza legale, non è semplicemente "liberale", ma richiama il fondamento anche democratico di tale principio, presente già nel contrattualismo di Beccaria. Ed è importante sottolinearlo, perché è proprio quel fondamento democratico che consente di opporsi alle recenti tendenze, europee e nazionali, alla riduzione della legalità a irretroattività, prevedibilità ed accessibilità, da parte dei consociati, di un diritto di fonte anche giurisprudenziale o prodotto dal potere esecutivo, e di rivendicare invece la stretta osservanza della riserva di legge parlamentare, come avviene nel citato manifesto, che, sotto questo profilo, è condivisibilmente "democratico" e non solo "liberale".

---

<sup>54</sup> C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*<sup>2</sup> (1973), in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998, 46.

<sup>55</sup> Cfr. spec. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *NssDI*, XIX, Torino 1974, 7 ss.

<sup>56</sup> *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, in [archiviopdc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org), 15 maggio 2019.

<sup>57</sup> Per richiamare l'alternativa posta da G. Dahm - F. Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg 1933.

D'altro canto, la funzione rieducativa della pena – alla quale pure fa riferimento quel manifesto – non si può ricondurre ad un fondamento "liberale" se non a costo di una grave forzatura: essa è invece espressione di quella componente personalistica e solidaristica presente fin dagli artt. 2 e 3 co. 2 della Costituzione<sup>58</sup>.

Il punto 3 dei "principi di un diritto penale liberale" contenuti nel suddetto manifesto afferma che «liberale è il modello di diritto penale che legittima l'intervento punitivo solo quando è strettamente necessario e proporzionato alle esigenze di tutela, oltre che rispettoso della persona che lo subisce». Questa definizione stipulativa di un concetto riconosciuto, in premessa, quale "policromo", che può riempirsi e si è riempito di significati storicamente diversi<sup>59</sup>, richiama chiaramente Beccaria: ma il suo "aureo libretto" contiene, com'è noto, negli ultimi paragrafi, la prospettazione di una serie di strumenti di prevenzione sociale, culturale, istituzionale dei reati, orientati ad una consapevolezza non meramente 'liberale' delle concause della criminalità ed ispirati in ampia misura a quello che è stato definito "garantismo positivo" e a principi non solo di *liberté*, ma anche di *égalité* e *fraternité*. «La maggior parte delle leggi non sono che privilegi, cioè un tributo di tutti al comodo di alcun pochi»; «fate che le leggi favoriscano meno le classi degli uomini, che gli uomini stessi»; «fate che i lumi accompagnino la libertà»; «Il più sicuro ma difficil mezzo di prevenire i delitti, si è di perfezionare l'educazione» (§ XLI).

Per altro verso, se si fosse impiegata una definizione di "diritto penale liberale" meno 'stipulativa' e più orientata all'esperienza storica, si sarebbe dovuto fare i conti con le tendenze "illiberali" del diritto penale liberale dell'Ottocento, dalla severa tutela della proprietà e della "sicurezza pubblica" (!), anche attraverso le neonate misure di prevenzione, alla repressione del dissenso e delle associazioni politiche e sindacali<sup>60</sup>; e ci si sarebbe dovuti confrontare con il controverso problema della continuità/discontinuità tra il diritto penale liberale e quello fascista; oppure con quello dei rapporti tra diritto (penale) liberale e principio di eguaglianza, formale e sostanziale.

---

<sup>58</sup> Cfr. M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in *disCrimen* 24.5.2019, 6-7.

<sup>59</sup> *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, cit., 9. Sul punto cfr. spec. G. Fiandaca, *Intorno al diritto penale liberale*, in *disCrimen* 10.6.2019, 1 ss.

<sup>60</sup> Cfr. spec. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ora in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano 2009, 591 ss., 595: «Tra gli anni Sessanta e Settanta» dell'Ottocento «prende forma un sistema di controllo dalla triplice valenza (severa protezione delle proprietà private, disciplinamento dei ceti più poveri e repressione del dissenso politico radicale)». V. pure M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi*, cit., 6; G. Fiandaca, *Intorno al diritto penale liberale*, cit., 4-5.

Molto meglio, allora, 'manifestare' esplicitamente in difesa di un diritto penale costituzionalmente orientato, che rientri, quale *extrema ratio*, in un ordinamento personalistico e solidaristico, volto a garantire la sicurezza dei diritti fondamentali di tutti, mediante politiche da stato sociale di diritto.

# ILP