

NEMICI E CRIMINALI. LE LOGICHE DEL CONTROLLO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Sicurezza cognitiva e difesa sociale. – 3. Il paradosso del *Täterstrafrecht*. – 4. Dinamiche di esclusione. – 5. La risposta italiana a *Ground Zero*. – 6. La ragion di Stato ed i suoi “nemici”. – 7. Malati, nemici e criminali. Ovvero, della pena come stigma. – 8. La *diversità* del migrante. Diritto penale del nemico e legislazione in materia di immigrazione.

1. Il concetto di ‘*Feindstrafrecht*’ – cui ricorre Günther Jakobs, contrapponendolo all’altro, ‘*Bürgerstrafrecht*’, che indica il ‘tradizionale’ diritto penale «del cittadino» – è per sua natura suscettibile di molteplici implicazioni. Individua un codice binario, *nemico/cittadino*, che riproduce e trasforma, ribadisce e revoca ad un tempo, il codice politico dell’*amico/nemico*.

Più degli altri, il sistema penale “custodisce metamorfosi”⁽¹⁾ e conserva strati di senso densi di significato. Quel codice segna l’ultima fase di uno scivolamento semantico che ha visto i sistemi politici lavorare con differenziazioni “paradossali”: amico/nemico, *inimicus/hostis* (nemico interno/nemico esterno), nemici/criminali. In questa complessa semantica storica il criminale segna l’incorporazione (*Verkörperung*) e la “paradosale” neutralizzazione della figura del nemico all’interno del sistema penale. Ne conserva paradossalmente l’origine e ne sancisce la differenza. Ma rimane gioco “paradossale”, in cui ogni *Entparadoxierung* mostra un volto doppio: revoca e conferma, ribadisce e smentisce ad un tempo. Inseguirlo in queste oscillazioni significa riattraversare dimensioni inattese della questione della penalità, oltre che gli aspetti più profondi della sua *communitas*.

Se la formula di Jakobs ci riporta alla coppia oppositiva classica, che compare già con Antigone e Socrate, la sua cornice teorica è certamente più complessa. Fa riferimento da un lato al funzionalismo sistemico di ascendenza luhmanniana – integrato da richiami alle concezioni neohegeliane della pena ed alle più recenti teorie del *labelling approach* e del «chivo

(¹) E. CANETTI, *Masse und Macht*, Hamburg, 1960.

expiatorio» – e, dall'altro riproduce il recente ampio dibattito sulla questione della pena e della legittimazione del diritto penale nel *Rechtsstaat*.

Con l'espressione «*Feindstrafrecht*» si intende infatti riferirsi a quella «terza velocità», attualmente caratterizzante taluni settori dei sistemi penali europei e nordamericani, in particolare per quanto concerne la legislazione antiterroristica (indubbiamente segnata da *Ground Zero*), il contrasto al fenomeno della criminalità organizzata *lato sensu* intesa, la disciplina dell'immigrazione, nonché la repressione della delinquenza a sfondo sessuale, con particolare riferimento alla disciplina dello sfruttamento sessuale del minore⁽²⁾. Si osserva in dottrina come tali settori della legislazione penale siano caratterizzati non soltanto da una sensibile *Vorfeldkriminalisierung* che determina in primo luogo, in nome di una tutela fortemente anticipata e di una concezione ontologista del bene giuridico di riferimento, la netta prevalenza del paradigma del reato di pericolo indiretto e di quello di pericolo presunto, così determinando l'autonoma incriminazione sinanche di condotte astrattamente inidonee ad attingere la soglia di immanente, *generelle Gefährlichkeit*.

Questa tendenza all'anticipazione dell'intervento penale – caratteristica peraltro anche di altri settori dei sistemi penali nella postmoderna società del rischio – si combina pericolosamente, con una sensibile attenuazione delle garanzie individuali di ascendenza illuministico-liberale, sul piano non soltanto del trattamento sanzionatorio⁽³⁾ e dell'accertamento processuale⁽⁴⁾, ma altresì della stessa struttura delle fattispecie incriminatrici, sovente costruite in chiave soggettivamente pregnante, di talché il di-

⁽²⁾ La metafora del diritto penale 'a tre velocità' si deve a J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001, 163 ss.; v. anche F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo - Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Valencia, 2002.

⁽³⁾ Prevalente appare infatti il ricorso alla pena detentiva, caratterizzata da un lato da un notevole inasprimento dei livelli di pena edittalmente comminati, e, dall'altro, da un assoluto rigore repressivo sul piano delle modalità dell'esecuzione, che giustamente ha indotto EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Buscando al enemigo: de Satàn al derecho penal cool*, trad. it. a cura di F. Resta, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, di prossima pubblicazione, p. 20 (del dattiloscritto), a parlare di ritorno «*de la inocuización y de la neytralización*». Sul punto, V. anche M. CANCIO MELIA, *JpD*, 2002, n. 44, 19 ss.; P. FARALDO CABANA, *Un derecho penal para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgànica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, in ID.-J.A. BRANDARIS GARCÍA-L.M. PUENTE ABA, *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2002, 299 ss.; nonché, nella letteratura italiana, v., profili più generali, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 53 ss..

⁽⁴⁾ In violazione della presunzione di innocenza dell'imputato, taluni sistemi penali – ed in particolare quello spagnolo, nel settore della repressione della criminalità organizzata e delle associazioni sovversive a finalità terroristica, di cui alla *Ley Organica 5/2003* – prevedono numerose ipotesi di inversione dell'*onus probandi*, a carico dell'imputato.

svalore risulti interamente assorbito nella proiezione finalistica dell'agente. Ne deriva una soggettivizzazione dell'illecito, secondo gli stilemi del *Täter-*(o del *Gesinnung-*)*Strafrecht*, sino a porre talora in crisi il postulato del «*cogitationis poenam nemo patitur*».

Invero, il senso di insicurezza collettivo (*Unsicherheitsgefühl*) che anima l'attuale 'società del rischio'⁽⁵⁾ determina il prevalere di concezioni tecnocratiche⁽⁶⁾ dei fini della pena, tali da volgerne la funzione generalpreventiva positiva (o integratrice) nel presupposto per il risorgere di orientamenti politico-criminali tesi alla segregazione ed alla neutralizzazione del reo il quale, per il solo fatto di avere destabilizzato – con la condotta criminosa e con la violazione del ruolo assegnatogli dalla struttura sociale – le aspettative normative condivise, si sarebbe posto in 'guerra' contro lo Stato, autoescludendosi da esso e negando il proprio carattere di *persona*, la propria stessa esistenza come *cittadino*. Sarebbe lo stesso reo (*scil. l'high risk offender*, macchiatosi dei delitti cui si accennava sopra), a sancire, nel momento in cui pone in essere la condotta criminosa, la propria autoesclusione dalla comunità giuridica (e, prima ancora, sociale), legittimando così lo Stato ad adottare nei propri confronti misure tese alla segregazione, all'innocuizzazione ed alla più strenua difesa sociale, in nome dell'esigenza di ristabilire, nella coscienza collettiva, la percezione della vigenza (nonostante il reato) della sua stessa identità normativa⁽⁷⁾.

Il *Feindstrafrecht* si oppone dunque al *Bürgerstrafrecht* nella misura in cui il nemico, mediante il suo comportamento, la sua occupazione od il suo vincolo ad un'organizzazione criminale, si sia autoescluso volontariamente ed in forma permanente (non accidentale, dunque, e per la commissione di un crimine isolato) dal sistema giuridico. Il diritto penale del resto, dinanzi ad una realtà caratterizzata dalla presenza di nuovi tipi di illecito, amplia la sua sfera di ingerenza, con una sensibile e parallela riduzione delle garanzie formali e sostanziali, dal momento che la società intraprende esattamente

⁽⁵⁾ U. BECK, *Risikogesellschaft*, Berlin, 1996. In arg., si rinvia al raffinato saggio di L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 85 ss., nonché a Z. BAUMAN, *Flüchtige Moderne*, Frankfurt am Main, 2003. Sul concetto di sicurezza v. BARATTA, *Bedürfnisse als Grundlage von Menschenrechte*, in *Festschrift für Günther Ellscheid zum 65. Geburtstag*, Baden Baden, 1999, 9-18; nonché ID., *Seguridad*, in ID., *Criminología y sistema penal. Comiplación in memoriam*, Buenos Aires, 2004, 199 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, in particolare 137 ss.; C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main, 1993, 183 ss.; ID., *O Direito Penal entre Direito penal do risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*, in *Rev. Brs. Ciênc. Crim.*, 2004, n. 47, 31 ss.; B. HUDSON, *Justice in the risk society*, London-Thousand Oaks-New Delhi, 2003, spec. 70 ss..

⁽⁶⁾ A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, in *Scritti in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, 22 ss..

⁽⁷⁾ G. JAKOBS, *Introducción: la pena como contradicción o como aseguramiento*, in G. JAKOBS-M. CANCIO MELIÀ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, Madrid, 21 ss..

una *lotta* – che si avvale di politiche ispirate agli *slogans* di *Law and Order*, *Zero tolerance*, *Broken Windows* – contro un *nemico* del sistema.

2. La garanzia della *securité* contro un *nemico* costante diviene l'imperativo categorico dello Stato attuale, la legislazione emergenziale assurgendo a paradigma del sistema penale, indissolubilmente legato al mito durkheimiano di una coscienza sociale “che integra tutti i membri di una società, in particolare nel momento della violazione delle norme”⁽⁸⁾.

Lo sviluppo tecnologico e la conseguente moltiplicazione delle fonti di rischio innesca una spirale in cui il rischio di vittimizzazione è socialmente percepito come costante pericolo comune, non circoscritto a contesti specifici e marginali, ma suscettibile di incidere su chiunque, imponendosi pertanto quale problema di cui le istituzioni statuali *must take care*. La vittima ne diviene l'emblema, quale soggetto che si fa carico del costo sociale di un rischio *collettivo*, non già perché deterministicamente predisposto al crimine, per ragioni individuali e contingenti, ma solo in quanto membro di un contesto sociale ad alto tasso di devianza, ove ciascuno è vittima potenziale: il modello teorico del *deficit* si volge in quello delle opportunità.

Il primo – descrivendo il fenomeno penale come relazione tra soggetti ‘deboli’ (più che per struttura esistenziale, per contingenza storico-situazionale) – ascrive alla vittima, sulla scorta dell'interazionismo simbolico, un *deficit* educativo, economico, sociale e di integrazione, da cui deriverebbe una maggiore esposizione al rischio del crimine. Il paradigma delle opportunità, valorizzando gli effetti dell'evoluzione in senso tecnocratico della società, legge nel fenomeno deviante non il riflesso di un *deficit* sociale, ma il portato dell'aumento delle *opportunità* a delinquere, da cui deriverebbe la diffusione del crimine, emblematicamente di tipo ‘predatorio’⁽⁹⁾.

Se la vittima configura un soggetto occasionale, fungibile, il suo rapporto con il reo perde ogni carattere di predittività, assurgendo a mero esito contingente dell'interazione sociale. Tuttavia, la vittima è condannata ad un'*ananke* paradossale: se nella dinamica politica rappresenta istanze sovente oggetto di negoziazioni propagandistiche ad alta risonanza⁽¹⁰⁾, nel contesto della giustizia penale il suo ruolo si riduce ad una marginale comparsa, perché su quella scena si rappresenta il diverso copione del *crimen*

⁽⁸⁾ A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, num. 3, settembre-dicembre 1985, di *Dei delitti e delle pene*, 443 ss., e, quivi, 456.

⁽⁹⁾ In tal senso, M. PAVARINI, *Relazione* al convegno “*La vittima del reato: questa sconosciuta*”, Torino, 9 giugno 2001.

⁽¹⁰⁾ Significativo in tal senso il protagonismo associativo delle vittime, quale sviluppo progressivo di un soggetto collettivo, la cui identità politico-sociale si innesta sulla paradossale condivisione dell'esperienza dell'aver subito un crimine.

laesae maiestatis; “alla fine di quella spettacolarizzazione, essa non trarrebbe mai un utile” e neppure, forse, “un timido applauso”⁽¹¹⁾.

Protagonista solo sulla scena politica – ove le si ascrive il ruolo di emblema di capro espiatorio del fenomeno deviante, in funzione preformativa del consenso in favore del potere costituito – la vittima è estromessa dall’orizzonte del processo penale, la cui proiezione finalistica si rivolge alle prospettive future, del reo e della società, in chiave preventiva (generale e speciale), quando invece la dimensione *retrospettiva* del reato subìto, che della vittima rappresenta l’identità, non può che condannare la stessa allo stigma del passato. Ora, autorappresentandosi quale forza necessaria alla repressione della criminalità diffusa, il potere costituito trae la propria (altrimenti carente) legittimazione dalla strumentalizzazione dell’allarme sociale, agendo il processo di criminalizzazione quale fattore propulsivo del *Koalitionsgebot* dei cittadini a sostegno dello Stato.

Il teleologismo della pena si identifica così nella necessaria rimozione intrapsichica dell’allarme sociale, consolidando la *Rechtsgesinnung*, la fiducia comune in una struttura normativa, *rappresentata* come esposta alla costante minaccia del fenomeno criminale⁽¹²⁾. Non è che il paradosso su cui si fonda la pena, indissolubilmente legata al rituale della vendetta (sacrificale e catartico perché denso di violenza), e dal cui superamento tuttavia pretende legittimazione.

Dall’asserita tutela funzionale di vittime potenziali trae *giustificazione* la pena come emanazione di un’autorità indispensabile alla *securité* comune, cui il contratto sociale – ce lo ricorda Hobbes – ha delegato un potere necessario perché strumentale: il *pharmakon*, catarsi sacrificale, avvelena per risanare; annienta e sacralizza, mimetizzando la violenza in un rituale normativizzato⁽¹³⁾. Se il rito della vendetta nasceva per ripristinare l’ordine violato, e l’espiazione del sacrificio tendeva a placare la vendetta divina, così l’esercizio monopolistico – istituzionalmente codificato dal sistema normativo – dello *jus puniendi* da parte dell’istanza statale mira a *prevenire* la conflittualità endemica delle interazioni sociali.

In tale contesto, la strumentalizzazione politica del rischio di vittimizzazione induce l’identificazione collettiva nel corpo sociale minacciato dal criminale-nemico, rispetto al quale la pena canalizza e sublima il bisogno di vendetta comune⁽¹⁴⁾. Le esperienze britanniche e statunitensi (si pensi al

⁽¹¹⁾ M. PAVARINI, *op. ult. cit.*

⁽¹²⁾ Così E. MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionista*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 48, muovendo da postulati psicodinamici, descrive il contenuto teleologico della pena.

⁽¹³⁾ E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma-Bari, 2ª ed., 1996.

⁽¹⁴⁾ È l’analisi di R. GIRARD, *La violenza e la politica*, Roma, 1980.

Victims Task Force Report di Reagan) dimostrano come, in un contesto (quasi) privo di forme di reciprocità, l'identificazione empatica del corpo sociale con la vittima – assunta ad *emblema della necessità di intervento*⁽¹⁵⁾ – determini una prospettiva politica simile ad un gioco “a somma zero: la vittoria dell'autore di reato significa necessariamente la sconfitta della vittima, ed essere “a favore” delle vittime significa automaticamente essere inflessibili con gli autori di reato”⁽¹⁶⁾.

È un *aut-aut* tragico, che alla ingovernabilità della complessità sociale oppone un codice rigidamente binario: la neutralizzazione del criminale-nemico in nome della tutela della società, rappresentata quale vittima (collettiva) del reato. Poco importa, poi, se questa spirale ritorsiva garantisca davvero le esigenze dei *soggetti in concreto incisi* dal reato. La retorica del controllo, traendo legittimazione dalla logica socialdifensiva della segregazione punitiva, non può che disinteressarsi della sorte *individuale* di chi, per mera contingenza, subisca il reato, da vittima *reale*. Alla pena non può così che ascrivere il fine di riaffermare ritorsivamente la *Wertordnung* violata dal reato, sublimando il bisogno collettivo di vendetta, ideologicamente proiettato (non su determinate *forme di criminalità*, né sulle loro cause *strutturali*), ma su *stereotipi di devianti-nemici*⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, ed. it. a cura di CERETTI, Milano, 2004, 323.

⁽¹⁶⁾ D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano, 2002, 225.

⁽¹⁷⁾ Emblema di un'involuzione soggettivistica e sostanzialistica del diritto penale è la valorizzazione-operata dalla L. 251/2005 – di un paradigma quasi costitutivo (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 512) quale la recidiva, in chiave peraltro aspecifica ed atemporale. Per effetto di essa si prevede un netto inasprimento degli aumenti di pena (con conseguente aumento del termine prescrizionale), una pesante restrizione all'accesso ai benefici penitenziari ed ai permessi premio, l'inammissibilità dell'automatizzata sospensione dell'ordine di esecuzione della pena. Nell'ipotesi di recidivi reiterati si preclude il giudizio di prevalenza delle attenuanti, ed ove trattisi dei delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p. (tra cui, delitti in materia di associazione mafiosa, terrorismo, schiavitù, sfruttamento sessuale dei minori, violenza sessuale, stupefacenti) si elimina la possibilità di ricondurre la concessione delle attenuanti generiche alla valutazione discrezionale del giudice, prescrivendosi peraltro per gli autori dei medesimi reati (oltre che per i plurirecidivi, sul modello del *'Three strikes and you're out'*) l'obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva (in violazione dell'art. 27, co. 3, Cost., non potendo peraltro il giudice in tali casi valutare i criteri di cui ai commi primo, n. 3 e secondo, dell'art. 133, ai fini della determinazione della pena. Si conferma così un regime speciale (di *Zero tolerance*) per tipi di autore, per i quali la pena (necessariamente afflittiva e tendenzialmente carceraria, viste le restrizioni previste all'accesso alle misure alternative), disancorata dal parametro della *Tatschuld*, non rappresenta che uno stigma indelebile (si preclude la concedibilità della detenzione domiciliare all'ultrasettantenne plurirecidivo), privo di ogni finalità risocializzante. Va peraltro aggiunto che la categoria di 'autori' delineata dalla legge in parola, è nella maggior parte dei casi ulteriormente penalizzata, in fase esecutiva, dall'assoggettamento (fortemente discriminante) al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 41 bis ord. pen.. Ne consegue non soltanto una deformazione sostanzialistica e soggettivistica di tutte le componenti del fenomeno pe-

3. Nella logica-orientata in chiave preventiva-del *Feindstrafercht* il nemico è colui che, nel suo comportamento (delinquenza sessuale, abituale, recidiva), occupazione professionale (delinquenza economica, organizzata, traffico di stupefacenti) od attraverso il vincolo ad un'organizzazione (terrorismo, delinquenza organizzata, od ancora mediante l'antico complotto d'assassinio) abbia, in forma presuntivamente duratura, rifiutato volontariamente lo *status* di cittadino (*Bürger*) per autoconvertirsi in nemico (*Feind*) del sistema. Per ciò solo lo Stato si autolegittimerebbe, ad avviso di Jakobs, ad offrire al resto dei cittadini una protezione rafforzata da coloro che abbiano violato le aspettative normative su di loro riposte, ammettendosi l'applicazione di misure di sicurezza (molte delle quali in forma apparente di pene) in uno stadio di molto precedente alla realizzazione della condotta tipica, in ragione della pericolosità propria del tipo di autore.

Riemerge, sebbene in forma diversa, il paradigma del diritto penale d'autore, che nella logica del. § 20 a) *alte Fass. StGB*, che ricorreva alle misure di sicurezza in funzione segregativa e neutralizzante rispetto al soggetto ritenuto pericoloso, sulla scorta dei postulati della criminologia positivista del XIX secolo.

Ora, i caratteri del *Feindstrafrecht* sono: 1) ampio avanzamento della soglia di punibilità e conseguente mutamento di paradigma, dalla prospettiva del fatto commesso a quello che si va a realizzare⁽¹⁸⁾; (2) assenza di una riduzione di pena proporzionale a detta anticipazione⁽¹⁹⁾; (3) pas-

nale (reato, responsabilità, pena), ma altresì una connotazione in senso esemplare della condanna ed un'iscrizione alla pena di contenuti disciplinari e segregativi. Va aggiunto che la legge in esame configura, di contro a questa categoria di *Feindstrafrecht*, un regime di irragionevole mitezza, ai limiti dell'indulgenzialismo (se non dell'impunità), nei confronti dei *white collar crimes*, o comunque dei soggetti appartenenti a classi privilegiate, che potranno difendersi *dal* (non già semplicemente *nel*) processo, beneficiando degli effetti connessi alla prevista parificazione del regime della sospensione a quello dell'interruzione della prescrizione, che incentiva il ricorso a strategie dilatorie. Si introduce altresì un regime di prescrizione breve, tale da trasformare l'istituto da civile rinuncia alla pretesa punitiva in una sorta di amnistia permanente. Secondo la logica del *Täterstrafrecht*, da tali effetti sono esclusi i recidivi, i soggetti dichiarati delinquenti abituali o delinquenti o contravventori professionali, ovvero gli autori dei delitti di cui agli artt. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (soggetti a termini prescrizionali addirittura *raddoppiati*), per i quali il regime dell'aumento della prescrizione per interruzione o sospensione è decisamente più rigido.

⁽¹⁸⁾ Sul modello dei reati in materia di formazione di organizzazioni criminali o terroriste (§ 129 e 129 a) *StGB*), o di produzione di stupefacenti mediante bande organizzate (§§ 30 I 1 e 31 I 1 *Betäubungsmittelgesetz*).

⁽¹⁹⁾ Ad es., la pena per il capo di un'organizzazione terrorista è la stessa di quella prevista per l'autore di un tentativo assassinio, supponendo di applicarvi la riduzione di pena prevista per il tentativo (§§ 129 a), comma 2, 211 comma 1 e 49 comma 1, n. 1, *StGB*), superando nella maggior parte dei casi le pene (ridotte per il tentativo) previste per gli altri delitti di associazione terrorista.

saggio dalla legislazione codicistica alla legislazione speciale, significativamente modulata sui temi della ‘lotta’ contro la delinquenza (di vario tipo)⁽²⁰⁾; (4) riduzione delle garanzie processuali. L’inversione dell’onere della prova e la riduzione delle garanzie individuali si legittimerebbero, in tale prospettiva, in ragione della riprovevole *Gesinnung* dell’individuo, così rendendo più agevole qualsiasi prova a carico. È peraltro interessante notare come queste caratteristiche del *Feindstrafrecht* rievochino in gran parte i tratti peculiari della legislazione penale tedesca del regime nazionalsocialista.

Il c.d. “catalogo dell’orrore”⁽²¹⁾ comprende infatti, tra i paradigmi del diritto penale nazionalsocialista, i seguenti: 1) Punibilità anticipata, mediante fattispecie di pericolo astratto, *Organisationstatbestände* e *Unternehmenstatbestände* (fattispecie in cui cioè il tentativo viene punito come delitto consumato); 2) Svalutazione del principio di tassatività in ragione della modifica – risalente al 1935 – del § 2 dello *StGB*, che autorizzava l’analogia *in bonam* ed *in malam partem*, sulla base del parametro del ‘sano sentimento del popolo’; nonché del ricorso alla elencazione di condotte (all’interno della fattispecie) ed elementi costitutivi, in funzione meramente esemplificativa, anziché tassativa 3) Costruzione della fattispecie in chiave soggettivamente pregnante e tale da assorbirne l’intero disvalore nell’elemento soggettivo, a fronte di una descrizione evanescente degli elementi oggettivi; 4) Progressiva trasformazione dell’evento in condizione obiettiva di punibilità (secondo la linea che poi sarà sviluppata, sebbene in termini e con-

⁽²⁰⁾ Ed in particolare la delinquenza economica (prima legge per la lotta contro la delinquenza economica, 29 luglio 1976, *Bundesgesetzblatt* I, 2034; Seconda legge per la lotta contro la delinquenza economica, 15 maggio 1986, in *BGBI* I, 721), il terrorismo (art. 1 legge del 1998 per la lotta contro il traffico illegale di stupefacenti e altre forme di delinquenza organizzata, in *BGBI*, II, 745), ma anche delitti sessuali e altre condotte pericolose (legge per la lotta contro delitti sessuali e altre condotte pericolose, 26 gennaio 1998, in *BGBI* I, 160: in tal caso l’esigenza nomotetica derivava dalla risoluzione UE in materia di lotta contro lo sfruttamento a fini sessuali del minore), così come nella delinquenza generale (Legge per la lotta contro la delinquenza, 28 ottobre 1994, *BGBI* I, 3186). Sottolinea T. VORMBAUM, *Il confronto con il diritto penale nazionalsocialista*, Relazione tenuta al Seminario di Bologna dell’11/12 novembre 2004, come nella legislazione tedesca del Novecento rappresenti una costante l’assunzione, nelle rubriche legislative, di un ‘ordine per la tutela’, ma soprattutto per la lotta). Ronald Freisler, Segretario di Stato del Ministero tedesco della giustizia a partire dal 1933, ed in seguito Presidente del Tribunale del popolo, ha efficacemente espresso questa *Weltanschauung*, affermando che “Il diritto penale è un diritto di lotta!”. E, osserva lucidamente Vormbaum, “da allora in poi il legislatore ha scoperto esigenze di ‘tutela’ e di ‘lotta’ in modo sempre più frequente. A partire dagli anni Settanta questa tendenza aumenta al punto che vengono varate solo norme di questo tipo”.

⁽²¹⁾ È questa la definizione proposta, nella prospettiva del diritto penale liberale, da T. VORMBAUM, *Il confront, cit., loc. ult. cit.*, in rapporto alle caratteristiche del diritto penale del regime nazionalsocialista.

testi diversi, dalla *Bonner Schule*; 5) Concessione di un margine ampio di discrezionalità giudiziale nella scelta e nella commisurazione delle sanzioni (cfr. § 23, cpv., *StGB*, in relazione al carattere meramente facoltativo della diminuzione per il tentativo, rispetto alla forma consumata); 6) Misure di sicurezza e misure per la rieducazione per i soggetti non imputabili; 9) Tendenziale (ri-)assunzione di stilemi burocratici-inquisitori da parte del processo, caratterizzato da un rafforzamento del ruolo dell'Avvocatura dello Stato e dalla limitazione delle facoltà legittime del difensore.

Nel precisare come tali caratteristiche fossero già presenti, sia pure *in nuce*, nel diritto penale preweimeriano, Vormbaum sottolinea come talune di esse riemergano talora anche nelle legislazioni contemporanee, essendo riconducibili alla sinergia dei processi di funzionalizzazione (prevalenza dello *Zweckorientierung* nell'attività nomotetica ed interpretativa); moralizzazione (tendenziale attenuazione della separazione, che fu già kantiana, tra diritto ed etica); subiettivizzazione (*Gesinnungstrafrecht* (più che *Willensstrafrecht*): progressiva valorizzazione dei requisiti di fattispecie riferibili all'atteggiamento interiore del reo, tendenziale svalutazione della colpevolezza per il fatto). Caratteristiche, queste, che connotano anche il 'diritto penale del nemico' e che rappresentano tendenzialmente una costante delle legislazioni di tipo emergenziale, in ragione delle progressive riduzioni delle garanzie individuali (di matrice liberale), attuate in nome della difesa sociale dal 'nemico' di turno.

Il paradosso cui conduce tale logica socialdifensiva⁽²²⁾ presuppone – in particolare nella concezione jakobsiana del *Feindstrafrecht* – un'idea della pena⁽²³⁾ quale marginalizzazione del fatto (di reato) nel suo signifi-

⁽²²⁾ Disfunzionale anche in termini di generalprevenzione integratrice, in quanto anziché stabilizzare nella coscienza collettiva la fiducia nella vigenza delle norme violate, amplifica il rilievo – assunto come pericoloso – degli atti dei nemici-criminali la cui identità differenziale (e deviante) è attribuita dallo stesso precetto.

⁽²³⁾ La pena rappresenta, in Jakobs, un mezzo per riaffermare il vincolo al diritto di fronte al cittadino a lui fedele, per ribadire dunque la vigenza degli orientamenti del contesto sociale garantiti (e negati dal delitto, che produce una *Desavouierung der Norm*). Essa ha funzioni preventive in quanto tutela le interazioni sociali e la istituzionalizzazione delle aspettative normative, ma non ha finalità (principali) intimidative di potenziali delinquenti né mira ad incidere sulla condotta futura del condannato. La pena si applica dunque come esercizio di riconoscimento della norma (intesa come modello orientativo delle condotte), che comprende l'esercizio nella fiducia nella norma; quello di fedeltà al diritto; quello di accettazione delle conseguenze, in un processo di conferma della identità normativa (della società) che coinvolge come tale tutti i membri della collettività. Se il fatto punibile consiste, hegelianamente, in una comunicazione erronea o difettosa (*fehlerhafte Kommunikation*) rispetto alla vigenza della norma, e tendente ad affermarsi come configurazione del mondo, nella misura in cui viene obiettata, tale difetto è imputato all'autore dell'atto come sua colpa. La pena è anch'essa comunicazione, tesa a riaffermare la persistente validità della norma violata. Della utilità della pena non sarebbe necessaria, secondo Jakobs, verifica empirica, in quanto non sarebbe empiricamente provabile il significato del processo collettivo di (ri)affermazione del-

cato lesivo della norma, in funzione confermativa della struttura normativa (e della stessa identità) del sociale⁽²⁴⁾. Se il fine manifesto della pena (di cui

l'identità normativa della società, violata dal delitto, poiché essa ne costituisce appunto non l'effetto, ma il significato. Sul punto, G. JAKOBS, *Schuld und Prävention, Recht und Staat*, heft 452/453, Tübingen, 1976, 3 ss.; ID., *Norm, Person, Gesellschaft*, Berlin, 1997, 42.

⁽²⁴⁾ G. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003, 47 (ma nello stesso senso, ID., *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, 2004, 56 ss.), sostiene che se il reato è la ribellione contro la norma, la pena rappresenta il corrispondente di tale ribellione: mediante il dolore che infligge elimina una erosione generale della vigenza delle norme (prevenzione generale positiva), apparendo decisivo dunque l'aspetto della protezione della vigenza della norma e non di beni giuridici, dal momento che il diritto rappresenta una relazione tra persone, attraverso la quale soltanto viene coinvolto il profilo relativo ai beni. Ciò che del resto qualifica il reato è il suo provocare la delusione di un'aspettativa normativa riposta sul soggetto, di talché la pena diviene contraffatto simbolico di tale 'tradimento', modalità cognitiva di intimidazione del reo e della società intera. Tuttavia, se l'intimidazione rappresenta un fine secondario della pena, non ne è certo il fondamento, che si radica invece nella riaffermazione della vigenza delle strutture normative sociali. Il principio di colpevolezza garantisce l'attribuzione del fatto all'autore (il fatto non deve essere percepito come casuale, ma come opera del suo autore, in quanto un atto colpevole tende ad affermare una «configurazione del mondo» che pretende di essere determinante, con ciò attribuendo una valenza sociale e comunicativa al suo stesso atto) ed in secondo luogo rivela come il reo possa intervenire nella società. L'atto colpevole genera un conflitto in ordine alla configurazione della società; la pena deve dunque essere una coazione che infligga dolore: una risposta comunicativa tesa a negare validità a ciò che l'atto del reo pretendeva affermare, per ristabilire la vigenza della struttura normativa sociale. La stessa denominazione del delitto in tal senso (come un delitto specifico) esprime la marginalizzazione comunicativa del fatto e del suo significato; tuttavia la necessità di una pena come coazione (e non del semplice stigma, della mera dichiarazione di colpevolezza) nasce dal fatto che ogni denominazione è eterea, a fronte del delitto che è l'obiettivazione della volontà del reo. Pertanto, la pena deve rivestire un contenuto obiettivizzante allo stesso modo del delitto, dovendo il reo risarcire, con la pena, il danno che ha prodotto alla vigenza dell'ordine normativo sociale; risarcimento che avviene con la privazione dei suoi mezzi di sviluppo (pena di morte, detenzione, multa). «L'impressionante del taglione, della retribuzione nella stessa specie (KANT, *Metaphysik der Sitten*, Tübingen, 332) è che, almeno sul piano concettuale, le rispettive obiettivazioni del fatto e della pena coincidono, risultano identiche» (G. JAKOBS, *Introducción*, etc., cit., 32). Ora, osserva Jakobs, *op. loc. ult. cit.*, come «a parte la ridicolizzazione delle pene-riflesso di Hegel (*Rechtsphilosophie*, § 101, «occhio per occhio, dente per dente»), sull'idea del taglione si radica il problema della estensione concreta della pena. Se il reato rappresenta il tradimento di un'aspettativa normativa che non può risolversi mediante un apprendimento cognitivo, ma esige l'imputazione di un fatto al suo autore, e se lo Stato è l'ordine coattivo effettivo nel suo fondamento (Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 205), per la vigenza del diritto non basta che siano sanzionate le infrazioni, perché la collettività comunque porrebbe in dubbio la realtà e l'effettività dell'ordinamento, ma è necessario che si attui anche la parte *precoattiva* della norma penale, assicurandosi l'ordine che la norma mirava ad instaurare. Il dolore inflitto dalla pena si misura allora secondo ciò che sia necessario ad una compensazione del danno prodotto alla vigenza della norma primaria (parte *precoattiva* della norma penale). Si tratterebbe allora di un retributivismo il cui parametro non è la lesione del bene giuridico ma la perturbazione dell'ordine normativo, arrecata dal delitto. Prevenzione generale positiva come fine della pena significa allora, in Jakobs, che il destinatario del processo punitivo è la società, che deve, attraverso l'irrogazione della pena, essere con-

è destinatario il cittadino come persona, *homo noumeno*, come tale non necessitante di intimidazione) è la conferma dell'identità normativa della società, mediante la marginalizzazione del significato del fatto⁽²⁵⁾ e la privazione dei mezzi di sviluppo del reo in funzione di neutralizzazione ed incapacitazione, il suo fine latente, performativo di un orientamento culturale (*sittenbildende Kraft*)⁽²⁶⁾, si rivolge all'*homo phaenomenon*, cioè una *non-persona*⁽²⁷⁾.

fermata nella sua attitudine alla fedeltà all'ordinamento, e ciò rappresenta un prodotto del dolore generato dalla pena.

⁽²⁵⁾ L'idea della pena come contraffatto simbolico rispetto alla violazione della stabilità normativa (perpetrata dal reato) presenta in Jakobs evidenti legami con il pensiero hegeliano, ove, pur ammettendosi che la pena potesse esplicitare altresì fini intimiditivi e di emenda, essa rappresentava in primo luogo il ristabilimento dell'ordine giuridico violato dal delitto, atto intrinsecamente irrazionale in quanto pretesamente negatorio degli altrui diritti, al fine di affermare, *contro di essi*, la libertà del reo. Pur criticando tale tesi retribuzionista – come «sequenza irrazionale di due mali» (la pena come male in sé, che segue al delitto), dovendo pertanto concepirsi il rapporto pena-reato come relazione razionale, ove la prima si attua al fine di ristabilire la vigenza dell'ordine normativo sociale – persiste in Jakobs la metafisica della negazione, nella misura in cui la pena esige un'obiettivizzazione corrispondente a quella realizzata dal delitto. Similmente, in Mezger la necessità della pena si radica sul suo carattere di indispensabile affermazione del diritto, mediante la negazione della negazione di esso. In Hegel, tuttavia, la necessità della pena si fonda sulla necessità di ristabilire la vigenza della volontà generale, contro l'affermazione particolaristica della «volontà speciale» effettuata con il delitto. Se la tesi è la volontà generale, come ordine giuridico, l'antitesi è la negazione di essa con il delitto, la sintesi costituisce invece la pena. Jakobs critica però la scarsa valorizzazione, da parte di Hegel, del profilo della perturbazione sociale ingenerata dal delitto. Tale nozione reca in sé certamente il tema postmoderno del conflitto sociale e del bisogno di *Sicherheitsgefühl*, ma a nostro avviso può comunque ritenersi incluso, sia pure *in nuce*, nel concetto hegeliano di negazione del diritto (mediante il delitto).

⁽²⁶⁾ A. ESER, *Medicina y derecho penal: panorama orientado en el bien protegido*, in *Estudios de derecho penal medico*, Lima, 2001.

⁽²⁷⁾ Dal greco *prosopon*, maschera, da cui il latino *personare*, far risuonare attraverso, come la voce dell'attore nella maschera. L'idea relazionale di persona si riferisce in Sant'Agostino alla sfera della coscienza individuale, che si alimenta della propria esperienza interiore, mentre con Kant diviene libertà ed indipendenza rispetto al determinismo della realtà naturale, è la libertà di un essere razionale che si conforma a leggi morali (ogni essere umano ha diritto ad essere una persona *nel diritto*, persona è dunque paradigma della limitazione dell'arbitrarietà nel contesto di realizzazione di relazioni sociali). In Fichte persona è un'essenza metafisica che si costituisce da se stessa, ponendosi da se stessa. In Jakobs la persona non è espressione di una soggettività (Hegel) ma è la rappresentazione di una competenza socialmente comprensibile, che si esterna mediante obiettivazioni delle aspettative normative coerenti con il ruolo del soggetto. Al di là del paradigma imperativista – legato ad una concezione atomistica dell'uomo e del dovere giuridico – la norma è la istituzionalizzazione di un'aspettativa sociale, pertanto il concetto di persona indica la realizzazione del ruolo socialmente assunto da un soggetto, come tale ingenerante un'aspettativa sociale di armonia con la norma e di compimento dei doveri giuridici inerenti a quel ruolo. Secondo il sillogismo romanistico dell'attribuzione di soggettività mediante l'imputazione di effetti giuridici, la persona rappresenta un centro d'imputazione di effetti giuridici. Il concetto, richiamato nel testo, di esclusione del deviante come contenuto intrinseco della pena, e conseguente riduzio-

La società del rischio determina una tendenziale prevalenza dei fini latenti su quelli manifesti della pena, nella misura in cui necessita maggiormente di un orientamento culturale, mediante il diritto penale, che assicuri il rispetto della norma primaria, oltre che della sua appendice sanzionatoria, riaffermando così la validità del precetto. Ne deriva come nelle società del rischio la pena determinata conformemente ai principi dello Stato di diritto possa, in taluni contesti dell'ordinamento penale, non *apparire* sufficiente.

La riaffermazione controfattuale della validità del precetto ne presuppone infatti una violazione marginalizzata. Quando la garanzia delle aspettative normative (garanzia cognitiva dell'osservanza del diritto) si fa labile e marginale "il diritto penale, da reazione della società contro il fatto illecito di uno dei suoi *membri*, diviene reazione avverso un *nemico*"⁽²⁸⁾.

Ciò non implica la legittimità di reazioni radicalmente sproporzionate, ben potendosi riconoscere al nemico – seppure in una logica di conflitto – una personalità potenziale; è invece certamente possibile superare il limite della difesa legittima, non rilevando qui aggressioni attuali, ma *future*, da cui *difendersi*⁽²⁹⁾. Con tale linguaggio lo Stato "non parla più con i cittadini, ma minaccia i suoi nemici", che del resto sembrano destinati ad aumentare, in una società che ha perso il legame con una religione di Stato e con la famiglia come istituzione, in cui la nazionalità è avvertita come caratteristica incidentale, così concedendo a ciascuno infinite possibilità di costruire la propria identità a margine dal diritto, in misura maggiore rispetto a contesti a forte interazione sociale, caratterizzati dall'attribuzione alle istanze comunitarie di forme di *contrainte sociale*⁽³⁰⁾.

ne del reo alla stregua di una 'non-persona' rievoca la dinamica, criticata da E. GOFFMAN, *Modelli di interazione*, Bologna, 1971, 12 ss., secondo la quale la conformità del soggetto al ruolo impersonato gli attribuisce una 'faccia' – valore socialmente riconosciuto alla manifestazione del sé da parte di ciascuno, attraverso la propria condotta – che tuttavia la società è pronta a revocare, quando il soggetto stesso dimostri la propria incapacità di conformarsi. La revoca della 'faccia', ovvero la negazione del carattere di persona come parte di una relazione sociale e di un agire comunicativo, rappresenta pertanto la sanzione per la delusione delle aspettative normative, ingenerata dalla trasgressione rispetto al *frame*.

⁽²⁸⁾ G. JAKOBS, *Introducción, etc., cit.*, 30.

⁽²⁹⁾ G. JAKOBS, *op. loc. ult. cit.*, osserva come quest'analisi non abbia valore deontico-prescrittivo, ma meramente ontico-descrittivo, a prescindere dalla risoluzione della questione se il diritto penale del nemico rappresenti "una forma di diritto", precisando che sembra piuttosto trattarsi di violenza, *tout court*.

⁽³⁰⁾ G. JAKOBS, *Introducción, etc., cit.*, 31. La tesi dell'Autore sembra riprendere, giungendo tuttavia ad esiti opposti, le considerazioni svolte, in chiave critica, dai *neoChicagoans*, ma soprattutto da Goffman, che ha sottolineato come l'assetto normativo delle società attuali, non traendo legittimazione da parametri etici aprioristicamente condivisi, ma da una mera adesione individuale a strutture cognitive e convenzionali, si caratterizzi per una destabilizzante perdita della fiducia durkheimiana in un ordine sociale intrinseco, razionalmente possibile (E. GOFFMAN, *Relazioni in pubblico*, Milano, 1981, 171; vedasi altresì A. SALVINI, *In-*

La maggiore percezione sociale del rischio di vittimizzazione implica allora che, se nel *Bürgerstrafrecht* la sicurezza cognitiva rappresenta una condizione da raggiungersi anche incidentalmente, nel *Feindstrafrecht* diviene obiettivo principale, non trattandosi del mero mantenimento dell'ordine a fronte di conflitti interpersonali, ma invece del ristabilimento di una condizione *strutturale*, accettabile, mediante la *neutralizzazione* di coloro che non offrano una minima garanzia di sicurezza cognitiva, necessaria per il riconoscimento dell'individuo quale *persona*.

Il paradigma penologico attuariale ed i “zero-sum approaches”⁽³¹⁾ dimostrano come l'illusione securitaria comporti la necessaria esclusione dei soggetti cui si attribuisce un'identità deviante in quanto ritenuti incapaci di soddisfare le istanze di cooperazione razionale, e pertanto immeritevoli di godere dei diritti e delle garanzie degli *insiders*.

La dinamica dell'esclusione del ‘nemico’ abbandona quindi ogni pretesa rieducativa, precludendo all'*outsider* la stessa possibilità di azione e di scelta, mediante istituti (il carcere di massima sicurezza, l'espulsione, la castrazione per i *violent sexual offenders*) improntati alla logica dell'incapacitazione e della segregazione.

Privare il reo – mediante la preclusione della stessa possibilità di agire – della possibilità di scegliere, in futuro, se conformarsi ai parametri assiologico-normativi dell'ordinamento, significa ovviamente sancire la definitiva sconfitta di ogni teleologismo della pena in chiave risocializzante, ma in primo luogo significa negare a tale soggetto la qualità di persona, come destinataria della *sittenbildende Kraft* delle medesime norme giuridiche ed in particolare penali.

La negazione della qualità di persona all'*outsider* sociale riflette del resto i paradigmi del lessico attuariale: le statistiche sui fattori di rischio

terazionismo e cognitivismo in Erving Goffman. Postfazione a E. GOFFMAN, Stigma. L'identità negata, tr. it., Milano, 1983, 165 ss.). Ne consegue come la complessità sociale insciva le relazioni tra individui all'interno di strutture cognitive a contenuto normativo (*frames*) rispetto alle quali la fenomenologia dell'azione rappresenta un meccanismo di *significazione*. La condotta individuale ingenera pertanto, nella percezione degli altri consociati, aspettative normative corrispondenti al *frame* (nel linguaggio jakobsiano, *ruolo*) impersonificato dal soggetto. La delusione di queste aspettative normative da parte del ‘deviante’ implica un netto indebolimento della sicurezza cognitiva sociale, che impone pertanto la reazione sanzionatoria, in funzione strumentale alla riaffermazione della validità dell'ordine normativo violato. L'esclusione dell'individuo che abbia trasgredito al proprio ruolo costituisce pertanto un meccanismo difensivo, attuato dal contesto sociale di appartenenza, per ribadire la propria identità e l'ordine normativo ‘minacciato’ dalla violazione del *frame*.

⁽³¹⁾ Le impostazioni basate cioè, come si diceva prima, sulla pretesa impossibilità di bilanciare tutela della vittima e funzioni strumentali del diritto penale (volte cioè alla salvaguardia di beni giuridici) da un lato, con istanze individualgarantiste di protezione del reo da un'ingiustificata, sproporzionata (ed inutile) violenza punitiva dall'altro. Su questi temi, vedansi i lavori già citati di D. GARLAND e B. HUDSON.

e sui tassi di criminalità riducono il singolo, nella propria unicità e complessità personologica, ad un novero di parametri di rischio, deterministicamente prevedibile nel proprio agire, cui si nega la contingenza comportamentale e la libertà di scelta, sostituite dalle certezze deterministiche dei calcoli fattoriali. Il soggetto è così ridotto a mero “*data-constructed bearer of the characteristics of danger*”, per il quale “*there is no way back to becoming a rational moral agent; the route from the fortress to the wilderness is one-way*”⁽³²⁾.

La figura del nemico rievoca così paradossi foucaultiani: il suo trattamento è regolato giuridicamente, pur rappresentando la normativizzazione di una *esclusione* dalla società in quanto comunità normativa, poiché il nemico è una *non-persona*. Il diritto penale del nemico è pertanto una guerra il cui carattere limitato od assoluto dipende solo dal grado di timore sociale del nemico stesso: il paradosso nasce dall'impossibilità di una giuridicizzazione completa, in ragione della rottura della equivalenza (hegeliana) tra razionalità e personalità⁽³³⁾.

4. Tuttavia, la kantiana *ultima ratio* – alla cui stregua ciascuno può essere obbligato (con la minaccia della pena) a partecipare ad una relazione giuridica garantita, quale la comunità statale, per poter essere assicurato della garanzia dei suoi diritti (patrimonio intelligibile) – non risolverebbe la questione della reazione da opporre a quanti – non avvertendo la forza intimidatrice del precetto – non si lascino obbligare a tale condotta doverosa se non mediante la *segregazione*⁽³⁴⁾, così persistendo ad agire e ad es-

⁽³²⁾ B. HUDSON, *op. cit.*, 76.

⁽³³⁾ G. JAKOBS, *Introducción, etc., cit.*, 31. Va aggiunto che per Hegel il reo è un soggetto portatore di un paradosso: agisce contraddicendo la razionalità della sottomissione alle leggi in quanto espressive di un valore assoluto di etica razionale, pertanto posponendo il rispetto degli altrui diritti e libertà, in nome della soddisfazione egoistica di pulsioni non controllate.

⁽³⁴⁾ In *Sobre la normativización*, 57 ss., Jakobs precisa come la doppia componente della prevenzione (generale positiva e speciale negativa) siano generalmente confusi, tanto da sembrare uniti, seppure in realtà la specialprevenzione «appartenga ad un contesto di legittimazione distinto da quello della generalprevenzione integratrice». La ragione dell'offuscamento di tale distinzione riposa sul fatto che entrambe hanno funzione coattiva, in quanto la funzione specialpreventiva si esplica nel costringere il reo a comportarsi, almeno esteriormente, in maniera conforme al diritto, mentre la prevenzione generale positiva lo obbliga a risarcire il danno prodotto alla vigenza della norma. Tuttavia, tale equiparazione occulta una differenza ontologica: la prevenzione generale positiva impone di infliggere il dolore della pena ad un soggetto capace di colpevolezza (per Jakobs, imputabile), perché solo verso tali persone si ripongono *aspettative normative suscettibili di essere tradite*, con Hegel: la pena viene loro inflitta in quanto esseri razionali, percepiti come uguali, cittadini pieni, non esclusi dalla società, ma idonei a rappresentare un centro d'imputazione di aspettative normative. Nel caso di non imputabili (o di nemici, che autoescludendosi dalla società non rappresentano più soggetti da cui aspettarsi la garanzia di aspettative normative) prevale non già la

sere percepiti come perturbatori dell'ordine sociale: nemici. Il funzionalismo sistemico suggerirebbe di partire dalle nozioni 'sociali' di persona (soggetto mediato per il sociale, rappresentazione di una competenza come socialmente percepibile), ambito del dovere e norma, quale aspettativa sociale istituzionalizzata. Se le aspettative normative si dirigono a persone come portatori di un ruolo, la condizione minima per la loro defraudazione – che costituisce il reato – è la violazione dei doveri inerenti al ruolo (eventualmente speciale, nell'ipotesi di soggetti in posizione qualificata).

L'obiettivo della stabilizzazione sociale implica così (in violazione del diritto al rispetto della dignità individuale) la strumentalizzazione del reo a fini confermativi dell'identità sociale, la stessa colpevolezza perdendo il proprio ruolo garantistico di limite alla pena⁽³⁵⁾. Obiezioni cui Jakobs ha replicato argomentando dall'attribuzione del carattere di persona come variabile dipendente dalla realizzazione di una relazione comunicativa socialmente rilevante, in quanto cioè si contribuisca all'autodescrizione della società⁽³⁶⁾. Non si tratterebbe allora di opporre le condizioni di costituzione della soggettività a quelle di configurazione della società, dal momento che libertà e soggettività individuale sono un prodotto della struttura sociale funzionalisticamente intesa. Sarebbe allora la garanzia della te-

prevenzione generale positiva., ma l'effetto specialpreventivo negativo della segregazione. Dinanzi a tale soggetti la pena non si rapporta alla valutazione retrospettiva della colpevolezza per gli atti commessi in passato, né alla prognosi di colpevolezza per atti futuri, ma è necessario che la società si assicuri dalla loro pericolosità. In tale contesto, il soggetto non è concepito quale persona, ma quale fonte di pericolosità: si tratta di una misura di sicurezza che però riceve la denominazione di pena: *Sicherungsverwahrung*. Tale modo di trattare un soggetto non deve sembrare necessariamente illegittimo. Come Kant ritiene che il soggetto che non voglia obbligarci a tenere una condotta conforme al diritto debba essere separato dalla società, così il soggetto pericoloso, soggetto a custodia di sicurezza, deve essere segregato, e la custodia di sicurezza a ciò è finalizzata: ad escludere colui che, in ragione della sua pericolosità, non garantisce adeguatamente la soddisfazione di aspettative normative, rappresentando pertanto un nemico.

⁽³⁵⁾ Che peraltro elide dal suo orizzonte teleologico l'autore, non più destinatario di un processo rieducativo, che lo trascende: la stabilizzazione dell'identità normativa coinvolge la società, *per mezzo del* reo, ma non si finalizza ad esso. In senso analogo, osserva A. BARATTA, *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro la teoría sistémica*, in *Doc. pen.*, 1985, 3 ss., come tale interpretazione della prevenzione generale positiva implichi un'applicazione meramente utilitaristica della pena, che strumentalizza il singolo in nome di un rafforzamento della capacità di coazione psichica dell'ordinamento sui cittadini.

⁽³⁶⁾ Quasi come se la riaffermazione dell'identità normativa della società mediante la pena rafforzasse, parallelamente, la stessa personalità individuale del condannato. A nostro avviso, peraltro, le teorie preventivo-integrative richiedono la colpevolezza come condizione necessaria alla stessa efficacia preventiva da loro perseguita: l'applicazione di pena ad un soggetto non imputabile non solo non avrà effetti intimiditivi, ma non determinerà neppure quella stabilizzazione della vigenza della norma che si assume essere il fine della pena. Analogamente, E. BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, 1998, 149.

nuta delle aspettative normative e della loro istituzionalizzazione la *condicio sine qua non* della configurazione dell'individuo quale *persona*.

In questa prospettiva, il contenuto precettivo delle norme perde la sua pregnanza critica ed assiologica, per divenire mero strumento di legittimazione del reale esistente: l'hegeliano Stato etico si autorappresenta come tale a prescindere dalla sua concreta struttura. Non rileva cioè se il contenuto normativo sia radbruchianamente ingiusto ed intollerabilmente lesivo anche delle condizioni minime di rispetto della dignità umana, in quanto l'ordinamento, anche il più totalitario, ripeterebbe la propria legittimità dalla mera vigenza e dall'assenza di disfunzionalità al suo interno⁽³⁷⁾. Ora, posto che la stessa tesi della generalprevenzione positiva rappresenta un modello formal-positivista, che dà per presupposta la contingente configurazione della realtà, ne deriva che nella sua autoreferenzialità, il diritto penale (che, con Jakobs, "non vale se non per l'ordine sociale che garantisce") come sistema luhmannianamente inteso trae legittimazione dal fondarsi su norme legittime, il cui rispetto sia cioè di esigibilità intrinseca.

Certamente, i principi social-assiologici incarnati (à la Welzel) nelle norme penali costituiscono il prodotto della logica di autoconservazione ed autocomprensione del sistema stesso, ma il grado di intollerabilità del *Feindstrafrecht* lungi dal rappresentare una necessità cogente del sistema, esprime un'intrinseca disfunzionalità rispetto ad un ordinamento giuridico – la cui *Wertordnung* costituzionale si conforma ai canoni dello Stato di diritto – che esprime una *Stufenbau* dotata di livelli gerarchicamente ordinati secondo parametri assiologici, così consentendo un sindacato di legittimità dei *contenuti* delle singole norme non già autoreferenziale (sebbene intra-

⁽³⁷⁾ Al fine di descrivere un diritto penale differenziato a seconda della società, Jakobs elabora il concetto di *Schuldtatbestand*, i cui elementi, indici di una mancanza di fedeltà al diritto da parte del soggetto, sono la carente motivazione giuridica e la competenza del caso concreto, mentre il *Gesamtschuldtatbestand* si compone dei caratteri del tipo di colpevolezza e degli elementi di inesigibilità, costituenti l'*Entschuldigungstatbestand*. Al tipo di colpevolezza appartiene l'intero illecito, in quanto oggettivazione del difetto di motivazione normativa, necessaria all'imputazione. Il tipo generale di colpevolezza presuppone un fatto tipico, doloso o colposo, evitabile e non giustificato, nonché la competenza dell'autore, necessaria a contraddire le aspettative normative (imputabilità, come condizione di normale motivabilità, ex § 20 StGB, che riconduce imputabilità ed esigibilità al più ampio concetto di capacità di colpevolezza). Tale concetto sociale di colpevolezza è funzionale all'eliminazione dalla *Schuld* del rimprovero etico individuale, ma rappresentando lo Stato l'universale rispetto all'individuo, ciò è possibile solo individuando la fonte di eticità dell'uomo nelle sue obiettivazioni, quale sistema di relazioni incentrate sulla personalità. Ora, se la colpevolezza materiale rappresenta un *deficit* di fedeltà a norme *legittime*, il cittadino – il cui ruolo è appunto l'osservanza del precetto – sebbene libero nella configurazione di se stesso, è tuttavia obbligato, secondo Jakobs, alla fedeltà all'ordinamento giuridico, la persona non esprimendo la soggettività del suo portatore, ma la rappresentazione di una competenza socialmente rilevante. In argomento, G. RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti*, Torino, 2004, 225 ss..

sistemico) ma eterointegrato, secondo una logica *Wertorientiert*, capace di correggerne gli squilibri.

La logica di un sistema complesso, quale il diritto, articolantesi in più livelli, impone un riequilibrio permanente delle condizioni disfunzionali, non potendo ammettersi intrasistemicamente ipotesi di ‘diritto positivo ingiusto’, sebbene garantito da statuto e potere⁽³⁸⁾. Ne consegue la necessità di riequilibrare i possibili contrasti – extra od intrasistemici – tra norme appartenenti a livelli distinti del sistema: una norma contraria al contenuto di una di grado superiore non potrà mantenere che una vuota vigenza formale. Il diritto ingiusto – quale *in primis* il *Feindstrafrecht* – crea pertanto uno squilibrio sistemico, rilevabile alla stregua della logica strutturale intrasistemica, che impone la considerazione del contenuto delle norme, al di là della loro vigenza formale, e che tale contenuto continuamente verifica alla luce dei livelli superiori (la Costituzione, in quanto *Grundnorm* e criterio supremo di legittimazione delle norme subordinate).

Del resto, l’ordinamento *giuridico* non potrebbe mai conformarsi alla logica strumentale (della ragion di Stato) in cui il fine giustifica i mezzi, legittimando ogni tipo di violazioni ai suoi stessi principi fondamentali, senza rinnegare il proprio carattere di *Rechtsstaat*. Nello Stato di diritto è infatti lo stesso *mezzo* – inteso quale rispetto di regole e procedure – a garantire il *fine*. Perché lo Stato di diritto «non conosce amici né nemici, ma soltanto innocenti e colpevoli»⁽³⁹⁾.

5. La questione della capacità di resistenza dello Stato di diritto – e della sua struttura garantistica, in quanto forma istituzionale *strumentale* alla tutela dei diritti fondamentali dell’uomo – di fronte alle sfide promananti dalle attuali (e sempre più *globalizzate*) forme di criminalità (soprattutto, ma non solo terroristica) si ripropone oggi, in maniera *tranchant*, all’interno di un contesto mondiale dominato dal securitarismo tipico di uno ‘stato di eccezione permanente’⁽⁴⁰⁾, che rinviene una forte copertura simbolica nello *slogan* liberticida della ‘*War against crime*’, la cui stessa semantica esprime il

⁽³⁸⁾ Secondo Radbruch, il diritto si compone delle idee di giustizia, sicurezza (intesa quale certezza giuridica), finalità o funzionalità. La *Natur der Sache* rappresenterebbe poi il fondamento della progressiva trasformazione di una relazione giuridica in una istituzione normativa, secondo uno sviluppo naturale che si osserva in virtù di una tipizzazione ed idealizzazione della individualità della relazione vitale considerata. Incarnata nella figura dell’Antigone sofoclea, tale idea di razionalità (idonea ad emanciparsi, habermasianamente, da postulati soggettivi ed individualistici, per assurgere ad un grado di razionalità comunicativa) sembra legarsi ad una metastorica *Sittlichkeit*, che rappresenta il parametro di intollerabilità alla cui stregua il diritto positivo deve cedere alla giustizia. Con Tommaso d’Aquino, potremmo dire non aversi, nell’ipotesi del diritto ingiusto, «*lex, sed corruptio legis*».

⁽³⁹⁾ L. FERRAJOLI, *op. loc. ult. cit.*.

⁽⁴⁰⁾ Nell’accezione accolta da G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

progressivo attenuarsi della differenza (che dovrebbe essere ontologica e strutturale, non già fenomenica e contingente) tra guerra e diritto.

Emblematica in proposito appare la situazione statunitense⁽⁴¹⁾, ove l'attribuzione – in virtù dei *Patriot Acts* del 2001 e del 2002 – al Presidente degli Stati Uniti del potere insindacabile (e pertanto *ab-soluto*) di emettere provvedimenti coercitivi nei confronti di persone od organizzazioni *che egli ritenga* coinvolte in attività terroristiche, nonché di istituire tribunali militari *ad hoc* per giudicare – in assenza delle garanzie del *due process of law* – gli '*enemy combatants*' ne legittima in realtà l'esercizio di una potestà di guerra anche all'interno del territorio statunitense, in palese violazione con il principio montesquieuiano della divisione e della reciproca limitazione dei poteri.

Si delinea così un graduale (ma non per questo meno insidioso) passaggio dal *Rechtsstaat* ad un *Machtstaat*⁽⁴²⁾ in cui il diritto, lungi dal limitare il potere in funzione individualgarantistica, ne diviene il braccio armato. Del resto, in nome della *crociata* contro gli 'Stati canaglia' si è preteso di legittimare l'istituzione di un sistema carcerario globale, esteso da Guantanamo agli Usa, dall'Afghanistan all'Iraq, ove si praticano sistematiche violazioni dei diritti fondamentali dei detenuti – la cui qualifica di *enemy combatants* e *criminals* è ritenuta sufficiente alla privazione degli *status* di prigionieri come anche di detenuti, cui i trattati internazionali riconoscono essenziali garanzie –. Ridotti al rango di *non-persone*, gli '*enemy aliens*' divengono soggetti ad uno specifico sottosistema dell'ordinamento penale, autoreferenziale e retto da codici e logiche di guerra. Sembra così profilarsi uno "stato di polizia globale, all'insegna di un maccartismo parimenti globale che rinnova nella patria dell'*habeas corpus* e delle libertà civili il fenomeno sudamericano dei *desaparecidos*"⁽⁴³⁾.

Ora, questa involuzione illiberale (in risposta al "lutto collettivo") è in gran parte riconducibile al ruolo, giocato dall'ordinamento statunitense, *malgré soi*, di parte immediatamente 'offesa' dagli eventi dell'11 settembre 2001 ed alla conseguente dimostrazione di vulnerabilità del proprio sistema; fattori che hanno agito in senso catalizzatore rispetto a tendenze

⁽⁴¹⁾ Che presenta peraltro notevoli analogie con la situazione ordinamentale britannica, a seguito dell'emanazione del *Crime and Terrorism Act* del 14 dicembre 2001.

⁽⁴²⁾ L'espressione è di C. PRITZWITZ, *Derecho penal del enemigo?*, in S. MIR PUIG-M. CORCOY BIDASOLO (dir. por), *La politica criminal en Europa*, Barcelona, 2004, 107 ss.. In argomento, cfr. altresì A. DAVID APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo*, Santa Fè de Bogotà, 1999; nonché ID., *Krieg und Feindstrafrecht*, Baden-Baden, 2004, *passim*; A. M. DERSHOWITZ, *Rights from wrongs. A secular theory of the origin of rights*, New York, 2004, spec. 84 ss..

⁽⁴³⁾ Così, con la consueta eleganza, L. FERRAJOLI, *Le libertà nell'era del liberismo*, in QG, 2004, 339; S. BUTLER, *Precautious life. The powers of mourning and violence*, London-New York, 2004; S. DERRIDA, *Voyous*, Paris, 2003.

autoritario-repressive latenti. Tuttavia l'incremento dei tassi di criminalità e la recrudescenza e l'internazionalizzazione del terrorismo, accentuando nella coscienza collettiva la percezione del rischio di vittimizzazione, hanno indotto anche negli altri ordinamenti europei una progressiva flessibilizzazione delle garanzie proprie del *Rechtsstaat* ed una modulazione di settori nevralgici del diritto penale (dal crimine organizzato, alla legislazione in materia di immigrazione, al traffico di stupefacenti, alla delinquenza sessuale) secondo gli stilemi del *Feindstrafrecht*.

Non ne sembra esente neppure l'Italia, ove la finalità politica di contrastare il terrorismo internazionale si è tradotta in interventi legislativi dal carattere marcatamente autoritario-repressivo, incentrati sulla logica dell'*i-nimicus-hostis*. In particolare, la recente l. 155/2005, recante "misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale", introduce numerose modifiche di carattere sostanziale e processuale alla legislazione antiterroristica, accentuando la modulazione di questa categoria secondo il paradigma del *Feindstrafrecht*, di cui ripropone gli elementi caratterizzanti.

Sotto il profilo dell'anticipazione della soglia d'intervento penale, si segnala l'introduzione⁽⁴⁴⁾ dei *delitès obstacles* di cui agli artt. 270-*quater* e 270-*quinquies*, che sanzionano, con la medesima pena della reclusione da sette a quindici anni, rispettivamente l'arruolamento e l'addestramento ad attività di violenza o sabotaggio di servizi pubblici essenziali con finalità di terrorismo anche internazionale, configurando due ipotesi di pericolo indiretto, il cui disvalore di azione si polarizza sulla proiezione finalistica della condotta, contrassegnata da un 'doppio dolo specifico', la finalità di terrorismo assumendo a requisito qualificante gli atti al cui compimento

⁽⁴⁴⁾ Si consideri in proposito come la tecnica dell'aggiunzione normativa (ossia le continue introduzioni di nuove norme incriminatrici, peraltro in assenza di un loro coordinamento organico e sistematico) rappresenti una costante della legislazione emergenziale, in quanto funzionale ad istanze di legittimazione politica. La carenza di tassatività sistemica, dovuta alla sovrapposizione di più fattispecie incriminatrici in relazione al medesimo oggetto, comporta peraltro il rischio di applicazioni giurisprudenziali (se non arbitrarie, quantomeno) discrezionali, con evidenti ricadute sul canone costituzionale di eguaglianza e ragionevolezza e sul fondamentale principio *assiologico* della certezza del diritto. In argomento, per profili più generali, T. PADOVANI, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Quaderni di Critica del diritto, Roma, 1984, 169 ss.. Sul principio di tassatività, in generale, S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli-Roma, 2001. In merito all'introduzione di questi due delitti sottolinea L. PISTORELLI, *Punito anche il solo arruolamento*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 33, 55 come la clausola di riserva in favore del reato di cui all'art. 270-*bis* c.p. dimostri l'intenzione del legislatore di riservare a tali fattispecie la funzione di supplire ad eventuali carenze probatorie relative all'imputazione per l'ipotesi associativa, sanzionando autonomamente, benché in via residuale, condotte ritenute (meramente) sintomatiche dell'esistenza di organizzazioni terroristiche, "senza necessità di doverne fornire però la dimostrazione.

sono a loro volta finalizzate le condotte base di arruolamento ed addestramento⁽⁴⁵⁾. L'eccessiva distanza della condotta dal bene giuridico tutelato (che lo stesso legislatore identifica nell'ordine democratico e nella sicurezza pubblica *mondiale*)⁽⁴⁶⁾, non è del resto compensato dal dolo specifico, che perde ogni funzione selettiva (per determinare invece un'ulteriore anticipazione della soglia di rilevanza penale) in ragione della sua indeterminatezza.

La sfera di ricettività della fattispecie non riceve delimitazione neppure dal requisito della finalità di terrorismo, riferibile agli atti di violenza cui è finalizzato l'addestramento o l'arruolamento, in ragione della omincomprendività della clausola di cui all'art. 270-*sexies* c.p.. Alla sensibile *Vorfeldkriminalisierung* realizzata dall'autonoma incriminazione di atti meramente preparatori, assunti dal legislatore come prodromici a più gravi condotte commesse con finalità di terrorismo, corrisponde del resto – secondo i canoni della legislazione simbolica – un trattamento sanzionatorio del tutto sproporzionato rispetto alla idoneità lesiva del fatto, la (draconiana) comminatoria edittale essendo modulata non già sulla sua reale gravità, ma su esigenze di generalprevenzione (sia negativa, a fini cioè di deterrenza; sia positiva, a fini preformativi, di orientamento culturale)⁽⁴⁷⁾.

Si introduce peraltro, nel corpo dell'art. 414 c.p., un'ipotesi aggravata di istigazione od apologia, ove tali condotte si riferiscano a “delitti di terrorismo od a crimini contro l'umanità”, così riproponendo il controverso paradigma del *Klimaschutzdelikt*, che rischiando di attribuire rilevanza penale a comportamenti meramente sintomatici di una *Gesinnung*, mira a tutelare la mera sicurezza cognitiva e la fedeltà dei consociati nella vigenza dell'ordinamento normativo⁽⁴⁸⁾, in antinomia con l'impostazione liberaldemocratica dello Stato.

⁽⁴⁵⁾ Analog., L. PISTORELLI, *op. loc. ult. cit.*. Devesi osservare come mentre l'art. 270-*quater* punisce soltanto colui che arruoli, ma non colui che *si* arruoli ai fini descritti, la norma successiva attribuisca rilevanza penale autonoma anche alla condotta di colui che venga addestrato alle attività tipizzate.

⁽⁴⁶⁾ Così si legge nella Relazione al disegno di legge di conversione, presentato in Senato il 27 luglio 2005. In realtà, le fattispecie sembrano perseguire finalità (oltre che simbolico-espressive), processualserventi, essendo cioè funzionali a supplire alle carenze probatorie cui l'accusa per la fattispecie associativa sovente presenta, incriminandosi autonomamente (benché in via residuale: in tal senso depono la clausola di sussidiarietà rispetto all'art. 270-*bis*), condotte ritenute sintomatiche dell'esistenza di organizzazioni terroristiche.

⁽⁴⁷⁾ Simile struttura di reati di pericolo indiretto, caratterizzati da una fattispecie soggettivamente pregnante, da una sensibile anticipazione della soglia di criminalizzazione, e da una netta sproporzione tra trattamento sanzionatorio e gravità ed idoneità lesiva del fatto; nonché dalla strutturale indeterminatezza della norma, presentano i delitti introdotti, dagli artt. 8, comma 5 e 10, comma 4, rispettivamente all'art. 2-*bis* l. 89571967 (addestramento indebito alla fabbricazione o all'uso di esplosivi, armi da guerra o altri congegni micidiali), ed all'art. 497-*bis* c.p. (possesto e fabbricazione di documenti di identificazione falsi).

⁽⁴⁸⁾ A tali delitti G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer rechtsgutverletzung*,

Sul versante processuale emergono sempre di più stilemi inquisitori, determinandosi una sensibile riduzione delle garanzie individuali ed un corrispondente ampliamento dei poteri di intervento autonomo, anche in via precautelare, della polizia giudiziaria, nonché delle competenze, attribuite dall'art. 226 disp. att. c.p.p., agli organi dei Servizi informativi e di sicurezza, nello svolgimento di intercettazioni e controlli preventivi sulle comunicazioni⁽⁴⁹⁾. Oltre a prevedere la creazione di unità investigative interforze antiterrorismo (sul modello della direzione investigativa antimafia), l'art. 13 l. 155 abbassa a quattro anni, dai precedenti cinque, il limite minimo di pena dei reati per cui si prevede l'arresto obbligatorio di chiunque sia colto in flagranza di delitto (consumato o tentato) commesso per finalità di terrorismo, così da ricondurre a questo regime anche reati, meno gravemente puniti, presumibilmente connessi ad attività terroristiche.

Analoga *ratio* presenta l'art. 13, cpv., l. 155, che estende la legittimità dell'arresto facoltativo anche in relazione al delitto di possesso o fabbricazione di documenti di identificazione falsi, di cui al 'nuovo' art. 497 *bis* c.p., ed il terzo comma dell'art. 13, che autorizza il fermo di indiziato di delitto, di cui all'art. 384 c.p.p., ed indipendentemente dagli editti di pena, nei confronti degli indiziati di un delitto commesso per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico.

Si prevede che la polizia giudiziaria possa procedere al fermo di propria iniziativa anche qualora l'indiziato sia individuato successivamente ovvero siano sopravvenuti specifici elementi tali da rendere fondato il pericolo il pericolo di fuga e non sia possibile, data l'urgenza, attendere la decisione del pubblico ministero, peraltro precisandosi che il possesso di documenti falsi costituisca un elemento di specifico rilievo ai fini della disciplina di cui all'art. 384, co. 3.

Al fine di ampliare le misure di identificazione degli indagati⁽⁵⁰⁾, si

ZStW, 1985, 779, riconosce il carattere di radicale incompatibilità con il *Bürgerstrafrecht*, salve le ipotesi in cui l'apologia, pur riferendosi ad un reato già commesso – come previsto dal § 140 StGB – si presenti con valenza istigativa.

⁽⁴⁹⁾ Noto è anche l'ampliamento operato alle ipotesi di applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali nate sul terreno della legislazione antimafia, in ragione delle modifiche apportate dall'art. 14 l. 155 alle l. 1423/1956 e l. 575/1965. Nel quadro dell'attività preventiva di attentati contro l'incolumità pubblica rientra anche l'incisiva regolamentazione amministrativa di attività ritenute astrattamente pericolose: dalla disciplina amministrativa degli esercizi pubblici di telefonia e telematica alle attività di volo a quelle concernenti esplosivi, alla prevenzione antiterroristica negli aeroporti.

⁽⁵⁰⁾ Come sottolineano G. MELILLO e A. SPATARO, *Senza la creazione di una Procura nazionale a rischio il coordinamento tra gli uffici*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 33, 54, in particolare l'estensione (art. 10 l. cit.) sino a ventiquattr'ore del limite temporale del fermo per identificazione personale – sul paradigma della *garde a vue* – se rispondente ad un'oggettiva difficoltà nell'accertamento rapido dell'identità delle persone e della veridicità dei loro documenti, rischia tuttavia di indurre surrettiziamente prassi poco garantiste, rivolte a fini di-

autorizza peraltro il prelievo coatto di saliva o capelli, da parte della polizia giudiziaria, previa autorizzazione del pubblico ministero, così legittimandosi un trattamento⁽⁵¹⁾ di dubbia invasività nei confronti dell'indagato, e che riesce difficile immaginare possa realizzarsi (proprio in quanto coattivo, e per le sue intrinseche modalità esecutive) nel rispetto “della dignità personale del soggetto”, come pur dispone la legge, con una formula (che rischia di risultare) meramente declamatoria. Al di là della dubbia efficacia euristica di tali procedure, non può peraltro sottacersi come questa modifica del terzo comma dell'art. 354 c.p.p. determini una palese violazione della riserva di giurisdizione e di legge, implicante quest'ultima la specifica determinazione dei casi e delle modalità di intervento, nonché dei requisiti di necessità ed urgenza legittimanti gli accertamenti compiuti dalla p.g. ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 354 c.p.p.⁽⁵²⁾.

La legge 155 estende peraltro le disposizioni dettate in tema di colloqui investigativi dall'art. 18 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario anche alla prevenzione dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale ed autorizza l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico, anche sulla base del decreto motivato del pubblico ministero, in deroga all'art. 132, co. 3, d.lgs. 196/2003, che richiede invece l'intervento del giudice.

Non mancano del resto, secondo i canoni della “soave inquisizione”⁽⁵³⁾, disposizioni premiali, come quelle previste dall'art. 2 l. 155, che prevede il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno agli stranieri che collaborano con la giustizia e la cui permanenza nel territorio nazionale

versi da quelli avuti di mira dalla norma. Per questa ragione si è suggerita (CASSESE, *Ma sul fermo di polizia servono più garanzie*, in *La Repubblica*, 22 luglio 2005, cit. dagli Autori) la previsione di una visita medica di controllo obbligatoria del fermato, al momento del rilascio, del cui esito dovrebbe avere contezza il magistrato, conformemente alle direttive espresse dal Comitato del Consiglio d'Europa in materia di prevenzione della tortura. La modifica in esame è del resto emblematica della più generale tendenza, che informa la legge 155, alla riduzione delle garanzie proprie del controllo giurisdizionale sull'attività di prevenzione antiterroristica, in funzione di una rivendicazione della supremazia delle competenze dell'esecutivo (in tal senso depone peraltro il notevole ampliamento delle ipotesi di ammissibilità delle intercettazioni preventive, la cui natura eccezionale è motivata proprio dall'assenza del previo vaglio giurisdizionale sotteso all'autorizzazione del giudice). Di contro, come sottolineano G. MELILLO e A. SPATARO, *op. cit.*, 52, sarebbe stata ben più efficace la previsione di un ufficio centrale di coordinamento delle indagini, tale da consentirne l'armonizzazione ed il sinergismo.

⁽⁵¹⁾ Tuttora escluso dal novero dal novero di quelli che il giudice può disporre in sede di assegnazione di incarichi peritali, in seguito alla declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 244 c.p.p. da parte di C. Cost., sent. 238/1996.

⁽⁵²⁾ Analogamente, G. FRIGO, *Straniero «cacciato» senza garanzie*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 33, 79.

⁽⁵³⁾ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 532.

sia utile ai fini dell'attività investigativa o di *intelligence* o per il prosieguo dell'azione penale. La norma concede inoltre il rilascio della carta di soggiorno allo straniero che abbia fornito un contributo di straordinaria rilevanza per la prevenzione, nel territorio dello Stato, di attentati terroristici alla vita od alla incolumità delle persone o per la concreta riduzione delle conseguenze dannose o pericolose degli attentati stessi ovvero per identificare i responsabili di atti di terrorismo. La natura premiale di simili istituti emerge con particolare evidenza in relazione all'ipotesi di rilascio della carta di soggiorno, che a differenza del caso di concessione del permesso di soggiorno non implica alcuna valutazione prognostica in ordine alla presumibile efficacia, a fini investigativi e preventivi, della collaborazione, incentrandosi invece unicamente sul *risultato funzionale* della stessa⁽⁵⁴⁾.

Non si tratta che della deformazione poliziesca della giurisdizione d'emergenza, ove il cuore del processo diviene il segreto del confessionale, in un rapporto impari che vive nell'ombra, vincolando inquisito ed inquisitore ad una malsana dipendenza: chi collabora è nelle mani dell'accusa, alla quale a sua volta il primo s'impone, come fonte privilegiata di verità e giustizia⁽⁵⁵⁾. Del resto, "Le domaine de la récompense est le dernier asile où c'est retranché le pouvoir arbitraire"⁽⁵⁶⁾.

Come già nel 2001, in sede di conversione si è eliminata la prevista riferibilità ai reati di cui agli artt. 207-*bis*, terzo comma, 207-*quater* e 207-*quinquies* (limitatamente al compimento di attività con finalità di terrorismo internazionale), dell'art. 313 c.p., ovvero della subordinazione della procedibilità ad autorizzazione del Guardasigilli, diretta a consentire una valutazione di natura politica dei fatti in questione, nella loro possibile rilevanza sul piano degli equilibri internazionali, a fronte della permanenza dell'esclusione, per le medesime ipotesi, del principio di difesa, sancito dall'art. 7, n. 1, c.p., come modificato dalla l. 438/2001.

Dalla sintesi dei tratti caratterizzanti la l. 155/2005 emerge pertanto come il legislatore attuale – ben più che il suo predecessore del 2001⁽⁵⁷⁾ – abbia inteso approntare delle misure 'a tutto campo' per la prevenzione e la repressione del terrorismo (anche) internazionale, in deroga rispetto ai paradigmi tipici del *Bürgerstrafrecht* – ed in forte analogia con l'*idée direc-*

⁽⁵⁴⁾ G. FRIGO, *op. cit.*, 77.

⁽⁵⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Diritto, etc., cit.*, 864.

⁽⁵⁶⁾ J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, Londres, 1811, II part., liv. I, chap. XII, 159.

⁽⁵⁷⁾ La l. 438/2001 – con la quale si è tra l'altro modificata la formulazione dell'art. 270-*bis* c.p. e si è introdotta la fattispecie di assistenza agli associati, di cui all'art. 270-*ter* – ha infatti rappresentato un intervento di dimensioni decisamente ridotte rispetto a quello del 2005, alle cui lacune tuttavia la legge 155 non sembra avere posto adeguatamente rimedio; accentuandone anzi i tratti emergenziali ed illiberali ed accordando, nel bilanciamento tra esigenze socialdifensive ed istanze individualgarantiste, netta prevalenza alle prime.

trice dei *Patriot Acts* statunitensi e del *Terrorism Act* inglese – così introducendo un sottosistema penale d’eccezione, dalla logica illiberale e socialdifensiva, modellato sulla figura del nemico, ora individuato nel ‘terrorista’. Tuttavia, la strutturale carenza di determinatezza delle fattispecie introdotte, la loro scarsa tassatività sistemica (dovuta alla mancanza di coordinamento tra le disposizioni) e la conseguente ineffettività delle stesse, induce a rilevare come l’intervento legislativo in analisi (che nasce peraltro dalla conversione (straordinariamente tempestiva) di un decreto legge) persegua la funzione *strumentale* di catalizzare, a fini di legittimazione politica e di strategia elettorale, il consenso di un’opinione pubblica sempre più pervasa – complice anche la strumentalizzazione mediatica del fenomeno terroristico e criminale in genere – dall’*Unsicherheitsgefühl* tipico della società del rischio, in cui cresce la percezione del rischio di vittimizzazione. In tal senso depone peraltro l’aver il legislatore introdotto, in sede di conversione, all’art. 270-*sexies* c.p., la ‘precisazione’, alla cui stregua “sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un’organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un’organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un’organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l’Italia”.

Tale precisazione si conforma alla direttiva politico-criminale sottesa alla riformulazione dell’art. 270-*bis* c.p., da parte della l. 438/2001, volta ad estendere l’oggettività giuridica tutelata dalla fattispecie, valorizzandone la dimensione metanazionale. Se infatti si è tradizionalmente attribuita, al bene giuridico protetto dalla norma, una valenza duplice (da un lato, cioè, la personalità dello Stato, come indicato peraltro dalla collocazione sistematica della disposizione e dall’altro, l’ordine pubblico, inteso alla stregua della *Wertordnung* costituzionale, su cui incide l’attività eversiva dei terroristi), la novella del 2001 ha evidenziato come l’ipotesi di atti di violenza diretti «contro uno Stato estero, un’istituzione od un organismo internazionale» sottenda la tutela dell’ordinamento costituzionale italiano, anche nella parte in cui «richiama le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e le organizzazioni internazionali che operano per assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni (artt. 10 e 11 Cost.), nonché i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (art. 117 Cost.)»⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁸⁾ G. PALOMBARINI, *sub art. 270-bis*, in A. CRESPI – F. STELLA – G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2004, 625.

La finalità del rispetto, costituzionalmente sancito, degli obblighi assunti in sede internazionale, muterebbe pertanto il concetto di «personalità dello Stato», evidenziandone la dimensione di soggetto istituzionale titolare di obblighi sul piano internazionale, tra i quali, *in primis*, quello di (contribuire a) garantire la pace e la sicurezza tra le nazioni. Ora, la riformulazione dell'art. 270-*bis* c.p., da parte della l. 438/2001, ha rappresentato certamente – come rilevato da autorevole dottrina⁽⁵⁹⁾ – l'ennesima 'occasione mancata' per conferire maggiore determinatezza ad una fattispecie che demandava alla discrezionalità giudiziale l'interpretazione del concetto di terrorismo, e conseguentemente (dato l'orientamento soggettivamente pregnante della norma), l'individuazione del suo stesso ambito applicativo.

Tuttavia, la norma introdotta dalla l. 155 non sembra conseguire i risultati auspicati, in ragione della omnicomprensività⁽⁶⁰⁾ (e conseguente scarsa selettività) della clausola prevista (che peraltro traspone pedissequamente il primo alinea dell'art. 1 della Decisione Quadro 2002/475/GAI) e soprattutto dell'integrale rinvio recettizio operato, dalla formula di chiusura, alle disposizioni internazionali sul tema, carenti anch'esse (come la maggior parte del diritto internazionale pattizio) in primo luogo, di tassatività (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'art. 2 della Convenzione di New York per la repressione di attentati terroristici dinamitardi

⁽⁵⁹⁾ A. MANNA, *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in RIDPP, 2005, 33 ss.; si segnala in proposito come secondo il Gip di Milano (sent. 24.1.2005, in www.costituzionalismo.it), la norma non comprenda anche gli atti di guerriglia, per quanto violenti, posti in essere nell'ambito di conflitti bellici in atto in altri Stati ed a prescindere dall'obiettivo preso di mira, in quanto ciò determinerebbe "inevitabilmente un'ingiustificata presa di posizione per una delle forze in campo, essendo peraltro notorio che nel conflitto bellico (iracheno: n.d.r.), come in tutti i conflitti dell'era contemporanea, strumenti di altissima potenzialità offensiva sono stati innescati da tutte le forze in campo".

⁽⁶⁰⁾ Comune peraltro alle legislazioni antiterroristiche inglesi e statunitensi. Secondo il *Terrorism Act* britannico, infatti, la finalità terroristica è integrata anche dalla minaccia diretta al raggiungimento di generici fini religiosi, politici o ideologici, realizzabile persino da condotte costituenti una grave violenza contro la persona od un grave danno alla proprietà. Sottolineano tuttavia G. MELILLO e A. SPATARO, *op. cit.*, 54, come le caratteristiche delle condotte con finalità di terrorismo tipizzate dall'art. 270-*sexies* siano pressoché assenti nella maggior parte degli atti terroristici realizzati dalle Brigate rosse o da altre associazioni eversive nazionali, le quali pertanto non risulterebbero – paradossalmente – riconducibili alla disciplina di nuovo conio. Rimarca il carattere tautologico della tipizzazione delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-*sexies*, norma inidonea a 'raggiungere un contenuto effettivamente autonomo e selettivo rispetto al significato che il termine terrorismo assume nel linguaggio comune, L. PISTORELLI, *op. loc. ult. cit.* In una diversa prospettiva, evidenzia la natura – assunta, già prima della legge 155, dalla formulazione della Decisione Quadro 475-Gai del 13 giugno 2002 – di 'referente esegetico' di diritto interno per la definizione di una nozione tecnico-giuridica di 'terrorismo', G. FRIGO, *Straniero «cacciato» senza garanzie*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 33, 82.

del 15 dicembre 1997, od all'art. 2 della Convenzione di New York per la repressione del finanziamento del terrorismo, del 9 dicembre 1999).

La dubbia legittimità di tale integrazione di un requisito costitutivo del precetto da parte di norme – quali quelle di fonte internazionalistica – che per il loro carattere necessariamente compromissorio (dovuto all'esigenza di armonizzazione delle legislazioni interne e dal voto all'unanimità, generalmente previsto per l'approvazione delle disposizioni internazionali) presentano inevitabilmente una strutturale carenza di determinatezza, appare infatti in contrasto con il principio costituzionale di precisione della norma incriminatrice, nella sua funzione precipuamente individualgarantistica.

La norma introdotta all'art. 270-*sexies* c.p. conferma pertanto la vocazione simbolico-espressiva e socialdifensiva di una legislazione nata sull'onda dei 'bisogni emotivi di pena' indotti dalla percezione (non di rado strumentalizzata) del fenomeno criminale, e dall'esigenza di legittimazione, ancora una volta *politica*.

Si tratta, in termini più generali, della sovrapposizione della *sécurité* alla *sûreté*. Nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1879 la *sécurité* costituiva il diritto del cittadino alla garanzia, da parte dello Stato, della sicurezza: sicurezza, quindi, *nel*(e mediante lo) Stato; la *sûreté* indicava il diritto 'naturale ed imprescrittibile' dell'uomo: sicurezza (quale sfera di intangibilità) *dallo* Stato. Le odierne politiche sicuritarie hanno ridotto questa dicotomia ad un'equazione, sulla base dell'assioma mistificante secondo cui la *sûreté* non possa che realizzarsi nella *sécurité*⁽⁶¹⁾.

Assioma mistificante, si diceva, in quanto teso ad occultare la reale origine di fenomeni criminali quali *in primis* il terrorismo; fenomeni che nascono sul terreno di una profonda caduta di legittimazione dell'ordinamento, il cui aspetto primario è proprio l'inefficienza dei meccanismi democratici di controllo sociale⁽⁶²⁾.

6. L'obiettivo *politico* di *combattere* il terrorismo internazionale e la strumentalizzazione delle istanze repressive scaturite dal diffuso *Unsicherheitsgefühl* hanno pertanto riproposto, in primo luogo (ma, come si vedrà tra breve, non solo) nel settore della legislazione di contrasto al terrorismo e, più in generale, al crimine organizzato, la logica del delitto politico⁽⁶³⁾,

⁽⁶¹⁾ M. PALMA, *Ristretti e detenuti: la situazione europea*, in *QG*, 2004, 437 ss..

⁽⁶²⁾ E. RESTA, *Terrorismo e stato della crisi*, *Quest. Crim.*, 1979, 27.

⁽⁶³⁾ Nozione che intendiamo con riferimento all'accezione autoritaria, legata ad un concetto di 'ragion di Stato' che da Machiavelli, a Bodin, all'idealismo di Fichte ed Hegel, giunge sino a Carl Schmitt. Accezione, questa, notoriamente contrapposta a quella 'liberale', che riconduce al diritto di resistenza (sancito peraltro dall'art. 2 della Dichiarazione del 1789, dall'art. 50 del Progetto di Costituzione italiana, dalle Costituzioni del 1946 e 1947

come luogo di affermazione della ragion di Stato sullo Stato di diritto. La costruzione di questa categoria di diritto penale ‘speciale’⁽⁶⁴⁾ è tendenzialmente accomunata dalla ricorrenza della figura del reato associativo, nelle sue diverse specificazioni: dall’associazione di stampo mafioso⁽⁶⁵⁾ a quella finalizzata alla tratta di persone (introdotta dalla l. 228/2003)⁽⁶⁶⁾, a quella

di taluni *Länder* tedeschi, dall’art. 20 della Costituzione portoghese del 1976) la legittimità di ogni atto di opposizione (finanche il delitto politico) all’esercizio arbitrario del potere statale. Tale pensiero affonda le proprie radici nell’Antigone sofoclea, nella dottrina paleocristiana della disobbedienza in caso di conflitto tra precetti religiosi e giuridici, nelle teorie medievali del tirannicidio, per fondersi con il giusnaturalismo di matrice groziana: cfr. L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di stato e stato di diritto*, in AA.VV., *Il delitto politico, etc., cit.*, 53 ss.. È peraltro noto il rifiuto del Carrara di trattare la categoria, e le obiezioni opposte alla tesi del Pessina (tendente a risolvere il conflitto autorità *versus* libertà a favore della “sicurezza interna ed esterna” dello Stato), sulla base del paventato rischio che la difesa sociale possa risolversi nella mera protezione della posizione dei governanti, che si sono posti non “accanto”, ma “sopra” ai consociati. Sul punto, v. F. COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da «delitto fittizio» a «nemico dello Stato»*, Milano, 1986, 82 ss..

⁽⁶⁴⁾ Categoria che ha peraltro visto la progressiva estensione di istituti peculiari, nati sul terreno della legislazione antimafia, anche al settore dei reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico: si pensi alla disciplina dei collaboratori di giustizia, all’ormai stabilizzato regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* ord. pen., alle misure di prevenzione patrimoniale, alle peculiari norme processuali in tema di confisca, intercettazione telefonica ed attività di polizia sotto copertura: queste ultime peraltro di recente estese, tra l’altro, anche ai delitti di schiavitù di cui alla l. 228/2003 ed a taluni delitti di sfruttamento sessuale del minore, di cui alla l. 269/1998. L’estensione di tali istituti – accomunati dalla finalità repressiva e dalle modalità inquisitorie ed antigarantistiche – a fronte della eterogeneità dei reati interessati, conferma ulteriormente l’opzione politico-criminale sottesavi, di costruire una categoria speciale del diritto penale, retta dalla logica del diritto penale del nemico.

⁽⁶⁵⁾ La natura di delitto politico è stata del resto riferita anche all’associazione mafiosa, in quanto momento di “costruzione ed espressione del potere mafioso” (E. MUSCO, *Mafia e istituzioni*, in *Studi Costa*, 305 ss.; cit. da G. FORTI, *sub art. 416-bis* in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003). Non può tuttavia negarsi al fenomeno mafioso il riconoscimento del suo carattere *strutturale* della vita politica, economica, sociale del nostro Paese, contrassegnato dalla ricerca di relazioni d’influenza con la sfera politica istituzionale, non già per rivolgerne l’assetto, ma anzi per mantenerlo costante ed esercitare al suo interno la propria sfera di potere (in tal senso, G. NARDUCCI, *Terrorismo, criminalità organizzata e diritto penale*, in *QG*, 2004, 393). Per un quadro generale della legislazione sul tema, non può tuttavia che rinviarsi a G. FIANDACA (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo. Bilancio di un’esperienza applicativa*, Milano, 1986.

⁽⁶⁶⁾ Che per i profili, che la caratterizzano, di strutturale indeterminatezza, carente tassatività sistemica, esasperato rigore repressivo, nonché di ineffettività disnomica e conseguente funzionalità meramente simbolico-preformativa, rivela come alla base dell’intervento legislativo del 2003 debba in realtà rinvenirsi la volontà *politica* di controbilanciare (e quindi distogliere l’attenzione dal) l’opzione politico-criminale securitaria e di stampo socialdifensivo, sottesa alla legislazione ‘terroristica’ in materia di immigrazione. Lo slittamento della questione del neo-schiavismo sulla riformulazione dei delitti di cui agli artt. 600 ss. c.p., con particolare riferimento alla tratta di persone (tema cui sia l’Onu che l’Unione Europea hanno dedicato diverse convenzioni e decisioni), è cioè funzionale ad occultare gli effetti delle po-

caratterizzata dalla finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico, di cui all'art. 270-*bis* c.p.⁽⁶⁷⁾. Settori, questi, ove il diritto penale si modula tendenzialmente secondo i canoni del *Täterstrafrecht* in ragione della potenzialità, intrinseca alla dinamica concorsuale, di estensione della responsabilità, sempre meno vincolata alla colpevolezza per il fatto piuttosto che alla appartenenza ad un sodalizio criminale.

La repressione della criminalità organizzata denota una costante sovraesposizione della figura dell'autore, rinunciandosi alla differenziazione tra i ruoli centrali e quelli marginali perché "non esiste più il centro dell'accadimento. Il nemico è l'organizzazione, la sua rete, la struttura. Una lotta efficiente ad una *organizzazione* non si attarda sulla differenziazione tra ruolo marginale e centrale", dal momento che l'appartenenza all'organizzazione è punita come autoria⁽⁶⁸⁾.

Il tratto caratterizzante tali ipotesi criminose – pur nelle loro profonde diversità – è la connotazione in chiave di 'nemico' dell'autore⁽⁶⁹⁾, cui lo

litiche di chiusura delle frontiere (dell'Unione e dei suoi Stati membri) e di 'tolleranza zero' nei confronti dei migranti. La tesi sembrerebbe confermata dalla tendenza della giurisprudenza ad applicare la disciplina della legge Merlin anche in relazione ad ipotesi (in particolare, tratta o riduzione in schiavitù di donne a fini di sfruttamento sessuale o della prostituzione) compatibili con le incriminazioni di cui ai 'nuovi' artt. 600 o 601 c.p., la cui applicazione sembra invece limitata a rari casi, relativi a vittime minorenni (in tal senso, vds. M.G. GIAMMARINARO, *Aspetti positivi e nodi critici della normativa contro la tratta di persone*, in *QG*, 2005, 458. In argomento, sia consentito il rinvio a F. RRESTA, voce *Personalità individuale (delitti contro la)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, in corso di pubblicazione per l'editore Giuffrè.

⁽⁶⁷⁾ Sottolinea L. FERRAJOLI, *Diritto, etc.*, 853, come la legislazione dell'emergenza in Italia abbia conosciuto, dopo una prima fase di 'diritto speciale di polizia' (dalla legge Bartolomei del 1974, alla legge Reale del 1975, alla legislazione sull'ordine pubblico del biennio '77-'78, volte a duplicare, in capo alla polizia giudiziaria, tutti i poteri istruttori della magistratura), un diritto penale politico d'eccezione (dal decreto Cossiga del 15.12.1979, alla legge sui pentiti del 29.5.1982, alla l. 3047/1982), caratterizzato dalla contestazione dei reati associativi come ipotesi istruttorie da verificare nel corso del processo, ma comportanti la custodia cautelare (prorogata nel massimo e resa misura obbligatoria ed automatica, in ragione dell'obbligo del mandato di cattura e del divieto di libertà provvisoria sulla base del reato contestato e della sua finalità terroristica; aggravante, questa, speciale, non bilanciabile e pertanto causa di aumento automatico della pena e della durata della custodia cautelare); dalla struttura inquisitoria del processo, dominato da logiche premiali e delatorie; dall'introdotta differenziazione del regime detentivo. A questa fase è seguita l'estensione delle prassi emergenziali, nate sul terreno della lotta al terrorismo ed alla mafia, a più ampi settori (dalla legislazione in materia di stupefacenti, ai delitti di schiavitù, a quelli in tema di sfruttamento sessuale dei minori), con una progressiva soggettivizzazione e differenziazione dello statuto penale per tipi di autore, nonché una connotazione poliziesca dell'intera funzione giudiziaria ed un'accentuazione del contenuto segregativo ed affittivo – non già risocializzante – della pena.

⁽⁶⁸⁾ G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *DPP*, 2004, 1326.

⁽⁶⁹⁾ L'assimilazione tra nemico e criminale è da C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im*

Stato si contrappone in una strategia difensiva che ricorda l'antitesi schmittiana, escludendo ogni possibile mediazione dialettica.

La sinergia funzionale tra *Feindstrafrecht* e delitto politico (in quanto terreno di scontro tra ragion di Stato e nemico-criminale, ma ancor più tra ragion di Stato e Stato di diritto) emerge in maniera emblematica con riferimento ai reati associativi, che anche se non direttamente rivolti contro la sicurezza dello Stato, presentano una nota di sostanziale politicità. L'associazione criminosa, autoaffermandosi come ordinamento autonomo ed originario in contrapposizione a quello statale, ed assumendo a fine del sodalizio la commissione di reati, mira a legittimarne lo statuto, ledendo il bene costituzionalmente garantito dell'esclusività della normazione penale⁽⁷⁰⁾, al fine di delegittimare la stessa istanza statale.

E la stessa assolutezza del *valore* che si ritiene lesa da questi delitti che ne connota l'autore quale nemico, e trasformando l'accusa in nemesi, impone allo Stato una reazione emergenziale, ove per 'emergenza' si intende drammatizzazione della reazione penale, che da strumento di controllo sociale diviene conflitto, in cui si dissolve ogni garanzia, "in nome della difesa essenziale dell'ordinamento"⁽⁷¹⁾. Del resto, non è forse il diritto il mimo della guerra?, ci ricorda Nietzsche, con la consueta lungimiranza.

Il paradosso del delitto politico si radica invero nel fatto che la stessa tutela dell'ordinamento, strumentalmente invocata per legittimare, nella logica socialdifensiva e securitaria della 'lotta' alla criminalità, inammissibili

Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, Köln, 1950, 232, ricondotta al superamento del concetto tradizionale di *justus hostis*, determinatasi con il Trattato di Versailles. Con particolare riferimento al fenomeno terrorista, osserva acutamente L. STORTONI, *Terrorismo e Stato della crisi*, in *Quest. Crim.*, 1979, 7, che se esso è espressione di guerra, gli sono omogenee "le categorie del *nemico esterno* che, come tale, va battuto e distrutto". Si snoda in altri termini qui il passaggio dal concetto di *inimicus* a quello di *hostis*, che mutuando la sua radice da *hospites*, immette la dinamica del conflitto nei confini della comunità politica.

⁽⁷⁰⁾ È la tesi di G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Milano, 1987, 118.

⁽⁷¹⁾ A. GAMBERINI-G. INSOLERA, *Delitto politico: luogo privilegiato per un'indagine sulla teoria costituzionale del bene giuridico*, in AA.VV., *Il delitto politico*, cit., 41 ss.. Appare in proposito emblematico un passo della Relazione illustrativa del ddl 3571, successivamente approvato (l. 155/2001), ove si afferma l'ammissibilità dell'introduzione di norme incriminative indeterminate "allorché si verte su situazioni preliminari alla commissione di reati di terrorismo e di eversione", invocandosi enfaticamente la prevalenza "del preciso ed indeclinabile dovere dell'ordinamento alla tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica contro il terrorismo e l'eversione, anche rispetto ad altri principi costituzionali» (c.a.). Sui paradigmi della legislazione emergenziale, non può che rinviarsi a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997; nonché, con riferimento specifico alla legislazione in tema di criminalità organizzata ed ai suoi caratteri, appunto, emergenziali, Id. (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali: tra efficienza e garanzia*, Napoli, 1999.

deroghe ai principi cardine dello Stato di diritto e del sistema penale, si converte in una mera ragion di Stato, di cui il diritto penale si fa strumento, convertendosi da *Bürgerstrafrecht* a *Feindstrafrecht*.

Inteso quale paradigma della legislazione emergenziale, questo settore del diritto penale si è contrassegnato da un esasperato rigore sanzionatorio (con un regime di esecuzione differenziale e fortemente segregativo), sproporzionato alla idoneità lesiva del fatto e funzionale ad aggregare consensi e placare la domanda di penalità; da una sensibile anticipazione della soglia di tutela penale, sino all'autonoma criminalizzazione di atti meramente preparatori (con la parallela, netta prevalenza, del disvalore di azione su quello di evento); da una strutturale indeterminatezza del precetto, che si presta così ad una lettura pericolosamente discrezionale, in sede applicativa; da una tendenziale soggettivizzazione della fattispecie, in cui l'offesa al bene protetto si esprime nella proiezione finalistica della condotta ed in cui la pena – ancorata alla *Täterschuld* ed alla dimensione prognostico-preventiva della pericolosità dell'*autore* – si modula sugli stilemi della neutralizzazione, programmaticamente escludendosene ogni finalità rieducativa, o, meglio, di specialprevenzione positiva; da una notevole riduzione delle garanzie processuali e sostanziali e dal tendenziale ricorso a strategie premiali, incentrate sul dissociazionismo e sulla collaborazione processuale, e rispondenti a strutture e logiche radicalmente diverse rispetto a quelle proprie dei tradizionali istituti processuali e sostanziali di attenuazione od elisione della responsabilità.

In questo settore del diritto penale la *politicalità* del delitto si radica in un livello più profondo della mera connotazione nominalistica, per divenire parametro valoriale di legittimazione, la cui fonte è appunto la ragion politica di stato, e non i principi – formalistico-cognitivi, non sostanzialistici ed assiologicamente neutrali – dello Stato di diritto, di cui la crociata contro il 'nemico' ha consentito la violazione. Ponendosi la ragion di Stato quale parametro di autoregolazione della politica, pre-e meta-giuridico, essa costituisce il criterio assiologico nel cui nome lo Stato di diritto pretende di legittimare giuridicamente la propria eversione, difendendosi attraverso la negazione di sé⁽⁷²⁾.

Ma la politicalità di questa categoria, pur eterogenea, di reati, si rinviene nella penetrazione della ragion di stato nelle stesse dinamiche dell'imputazione e del processo, che da procedura cognitiva di fatti – basata sulla *Wertneutralität* delle categorie e sulla terzietà del giudizio – diviene "procedura potestativa ed inquisitoria, informata al principio – schiettamente politico – dell'"amico/nemico"; (..) all'atto della formulazione delle accuse,

⁽⁷²⁾ L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di stato e stato di diritto*, in *Il delitto politico*, etc., cit., 57.

quando il nemico è identificato, con l'ausilio di figure di reato indeterminate come sono i delitti associativi, non già in base a fatti ma direttamente con riguardo alla sua personalità sovversiva, secondo il modello autoritario del tipo d'autore che contraddice il principio liberale secondo cui si delinque in quanto *si opera* e non in quanto *si è*; nel corso del processo, quando "amici" e "nemici" si definiscono in forza del loro schierarsi dalla parte dell'accusa anziché dalla parte della difesa, che pure è la parte che l'imputato avrebbe normalmente il diritto di impersonare; nel momento della condanna, quando pene e ricompense vengono distribuite non già in base alle responsabilità accertate, ma al contributo recato alla verità accusatoria"⁽⁷³⁾.

7. Il delitto politico – categoria funzionalistica, in cui la flessibilità degli istituti in chiave pragmatica prevale sul momento teleologico – si è sempre rappresentato quale emblema dell'attacco frontale ai fondamenti ultimi dell'ordinamento, e nei confronti dei suoi autori la ragion di Stato è ricorso costantemente alle *armi* della neutralizzazione e della costruzione di identità differenziali (*labelling*), escludendosi ogni possibilità di mediazione e, quindi, di reinserimento nella *Gesellschaft*, sia pur mediante l'irrogazione della pena. Evidente come su questo terreno il diritto penale abbia progressivamente mutuato le sue logiche dai codici della guerra e della opposizione al nemico (identificato da criteri costitutivi e sostanzialistici e da procedure inquisitorie), dissolvendo ogni istanza garantistica di mediazione giuridica, in nome della difesa sociale.

Il *Feindstrafrecht* pertanto, lungi dall'essere la conseguenza meramente contingente del securitarismo dominante nella 'Società del rischio' – nata sul crollo del *Welfare* e sulle macerie di *Ground Zero* – vanta radici antiche, e della sua origine (il delitto politico, appunto) ripropone costantemente l'antinomia *tragica* tra ragion di Stato e principi dello Stato di diritto.

Ma la novità della presente congiuntura storico-politica consiste nell'espansione dei paradigmi della legislazione d'emergenza – nelle forme del diritto penale del nemico – ben oltre i settori (di 'tradizionale' sviluppo del *Feindstrafrecht*) del delitto politico. In tal senso depone la progressiva estensione del paradigma antigarantista, securitario e socialdifensivo ai settori della legislazione (in particolare, ma non solo italiana) in materia di stupefacenti, sfruttamento sessuale dei minori ed immigrazione.

Rinviano, con riferimento a quest'ultima, alle considerazioni che seguiranno, appare opportuno rilevare, sia pure in estrema sintesi, come la legislazione italiana in materia di stupefacenti, di cui al d.p.r. 309/1990 presenti i

⁽⁷³⁾ L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di stato e stato di diritto*, in *Il delitto politico, etc., cit.*, 52.

caratteri, tipici del *Feindstrafrecht*, di esasperato rigore repressivo, notevole anticipazione dell'intervento penale – sino all'autonoma incriminazione di atti preparatori e condotte meramente prodromiche all'esposizione a pericolo del bene protetto, senza che peraltro la ridotta offensività del fatto si rifletta sul trattamento sanzionatorio – riduzione delle garanzie e dinamica processuale modulata su logiche inquisitorie e su 'premi' alle condotte delatorie.

Queste considerazioni possono estendersi, *a fortiori*, alla recente riforma della disciplina degli stupefacenti di cui alla legge 49/2006, che – in direzione opposta alle politiche di *harm reduction* – giunge tra l'altro ad equiparare, per quanto concerne il trattamento sanzionatorio, le droghe pesanti a quelle leggere – equiparazione del tutto irragionevole e dalle evidenti finalità simboliche, stante la diversa gravità degli effetti connessi al consumo dell'uno o dell'altro tipo di stupefacenti –, ripristina la criminalizzazione della detenzione per uso personale in quantità superiori a quelle indicate dalla disciplina di settore (contrariamente alla volontà popolare espressasi in sede referendaria, nel 1993), prevede un netto incremento della comminatoria edittale delle fattispecie *de quibus* ed un sistema di sanzioni amministrative, la cui afflittività ne rivela il carattere sostanzialmente penale, la subordinazione al regime amministrativo apparendo meramente funzionale ad eludere le garanzie dello statuto penalistico.

Ne emerge pertanto l'orientamento precipuamente generalpreventivo (sia in termini di deterrenza che in funzione preformativa di un atteggiamento, *in primis* etico, di stigmatizzazione del tossicodipendente: *Zero tolerance*), volto a costruire – secondo una dinamica oscillante tra il correzionalismo terapeutico e la segregazione manicomiale – l'identità differenziale di un autore malato ma intrinsecamente deviante e pericoloso, pertanto meritevole di neutralizzazione ed incapacitazione, non già di misure davvero tese, in chiave specialpreventiva positiva, al trattamento, né tantomeno dell'apprezzamento (in sede di valutazione della piena capacità di intendere e volere al momento del fatto) dell'eventuale alterazione psichica che ne abbia sorretto la condotta.

Analoghe flessioni delle garanzie individuali e dei principi costituzionali propri del diritto penale (se non liberale, quantomeno 'comune') presenta la legislazione italiana in materia di sfruttamento sessuale del minore, di cui alla l. 269/1998 (non a caso nota come legge contro la 'pedofilia'), incentrata su di una sensibile anticipazione dell'intervento penale – che giunge sino alla criminalizzazione di comportamenti i quali, per la loro eccessiva distanza dal bene giuridico di riferimento, sono al più meramente sintomatici di un *vicious behaviour*⁽⁷⁴⁾ –, su di un rigore repressivo del

⁽⁷⁴⁾ Si pensi, in particolare, all'art. 600-*quater* c.p., che sanziona con pene draconiane la mera detenzione di materiale pedopornografico, così giungendo ad incriminare un comportamento che finisce con l'esaurirsi nel foro interno del soggetto; luogo precluso persino

tutto sproporzionato rispetto alla idoneità lesiva (per il bene giuridico protetto) delle condotte – peraltro descritte da norme strutturalmente indeterminate – e su di una notevole riduzione delle garanzie processuali.

La tendenza alla costruzione di *victimless crimes* sembra peraltro accentuarsi a seguito della riforma operata dalla l. 38/2006, che ha introdotto nel corpus codicistico l'art. 600-*quater*.1, ove si prevedono pene draconiane per condotte di produzione, divulgazione, cessione, detenzione, di materiale pedopornografico virtuale, ovvero prodotto artificialmente o con fotomontaggi, in modo da escludere lo sfruttamento sessuale dei minori sin dalla fase di realizzazione del materiale. Evidente come l'eccessiva distanza del bene protetto rispetto alla condotta sia in tali ipotesi così accentuata da riproporre la confusione tra reato e peccato, dal momento che si puniscono condotte al più meramente sintomatiche di una *Gesinnung*, ritenuta eticamente riprovevole e per questo stigmatizzata, al pari del suo autore (il 'pedofilo-deviante'), cui si attribuisce lo statuto di 'nemico interno', da cui difendersi con una crociata che sostituisce alla mediazione della sanzione giuridico-penale la valenza escludente dello stigma⁽⁷⁵⁾.

Sembra pertanto che la sollecitazione securitaria si stia, anche in questi settori della legislazione, progressivamente traducendo in una torsione dei principi costituzionali e delle stesse categorie dommatiche fondamentali del *Bürgerstrafrecht*, verso il limbo del diritto penale del nemico.

all'azione del Leviathan, di hobbesiana memoria, o alle fattispecie di produzione e detenzione di materiale pedopornografico virtuale, di cui all'art. 600-*quater*.1, introdotto dalla legge 38/2006. Sul punto, sia consentito il rinvio a F. RESTA, *I delitti contro l'integrità psico-fisica del minore, alla luce delle recenti riforme*, in *Dir. Form.*, 2006, n. 2, 63 ss.; Ead., voce *Personalità individuale (delitti contro la)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario Giuridico*, Milano, 2006, in corso di pubblicazione; A. MANNA-F. RESTA, *La riforma della legge sulla pedopornografia. Una tutela virtuale?*, in *Dir. Int.*, 2006, n. 3, 1 ss.; F. RESTA, *Nasenda de un direito penal do inimigo?*, in S.R. MARTINI VIAL, (ORG), *Temas atuais en sociologia jurídica*, Santa Cruz do Sul, 2005, 107 ss.

⁽⁷⁵⁾ L'attribuzione alla pena del carattere di misura tesa alla incapacitazione e neutralizzazione è del resto l'idea ispiratrice della proposta avanzata dal Ministro Calderoli in data 22 giugno 2005, di prevedere per i delinquenti sessuali ed i condannati per i reati di cui alla l. 269/1998, addirittura la castrazione, a sostegno di ciò adducendosi peraltro l'esperienza (del tutto fallimentare, vista la scarsa riduzione del tasso di recidività) di paesi esteri, tra i quali in primo luogo il Belgio. Per un recupero del paradigma della innocuizzazione come fine della pena, in relazione alla *selective incapacitation* degli *high risk offenders* negli Usa, ed alla *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*, del 26.1.1998, v. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Estudios de derecho penal*, Lima, 2000, 233 ss.; nonché sia consentito il rinvio a F. RESTA, *Tutela penale del minore: tra difesa sociale ed incriminazione del "vicious behaviour"*. *Riflessioni in tema di pornografia minorile*, in *Dir. Form.*, 2004, 1144-1163; Id., *Crimini, autori e provocatori: detenzione di materiale pedopornografico e attività di contrasto*, in *Dir. Inf.*, 2004, 239-271; MANNA, *La delinquenza sessuale: profili relativi all'imputabilità ed al trattamento sanzionatorio*, in *IP*, 2004, 867 ss..

8. Tra i vari contesti della politica criminale italiana, che attualmente si vanno sempre più modellando secondo gli stilemi della legislazione emergenziale, il settore della normativa sull'immigrazione rappresenta uno tra i più interessanti esempi dell'emersione del paradigma del 'diritto penale del nemico'⁽⁷⁶⁾.

La legislazione in materia si è progressivamente orientata, nello spazio di sei anni (1998-2004), verso forme di securitarismo sempre più marcate e repressive, con una irragionevole *Vorfeldkriminalisierung* (estesa sino alla criminalizzazione di condotte meramente preparatorie od agevolatorie non già di illeciti penali, ma addirittura soltanto amministrativi!: cfr. art. 12 T.U. 286/1998 e succ. mod.), una sensibile riduzione delle garanzie processuali e comminatorie edittali radicalmente sproporzionate rispetto alla gravità dell'illecito, con la parallela configurazione delle finalità della pena in termini di segregazione ed innocuizzazione.

Il paradigma dell'esclusione e della segregazione del criminale-nemico emerge, già a livello puramente lessicale (e pertanto denotativo), dalla semantica normativa, che si incentra sulle misure (formalmente) amministrative (ma dalla idoneità afflittiva e stigmatizzante equivalente a quella propria della *pena tout court*) dell'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, del suo accompagnamento coattivo alla frontiera, del trattenimento dello stesso nei centri di permanenza temporanea. Veri e propri luoghi, questi, dell'*esclusione*, in cui le condizioni di vita dei trattenuti denotano la sistematica violazione dei diritti fondamentali e della dignità dell'uomo, subendo tali soggetti una degradazione – una *deminutio capitis* – tale da renderli *non-persone*, *outsiders* sociali⁽⁷⁷⁾.

La semantica dell'esclusione si lega del resto – in piena sintonia con la dinamica schmittiana della *costruzione* della figura del nemico e con la logica di guerra che ne è alla base – alla militarizzazione delle strategie repressive (il richiamo, centrale nel contesto della disciplina in tema di immigrazione, all'idea di *frontiere* – sempre più blindate⁽⁷⁸⁾) – denota in tal

⁽⁷⁶⁾ I tratti caratterizzanti le forme di tutela *ante delictum* previste dal testo unico delle leggi di pubblica sicurezza sono state da F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in ID., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 96, ricondotta alla politicità della materia, ovvero al necessario affidamento dei provvedimenti in parola al potere esecutivo, con la conseguente tendenza alla progressiva amministrativizzazione delle posizioni giuridiche soggettive dei soggetti interessati da queste norme; alla riduzione dell'intervento giurisdizionale imposta dalla semplificazione e dalla celerità delle procedure.

⁽⁷⁷⁾ A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999.

⁽⁷⁸⁾ Si consideri come la l. 189/2002 abbia abrogato la disposizione di cui all'art. 3, comma quarto, t.u. 286/1998, relativa all'automatica reiterazione delle quote di ingresso consentite per l'anno precedente, nell'ipotesi di mancata emanazione dei decreti di programma-

senso una straordinaria valenza euristica). Ciò che nella normativa in esame (art. 11, commi 9-*bis* ss. l. 189/2002) si traduce nell'attribuzione ai corpi della marina militare di rilevanti funzioni di controllo e sequestro – anche al di fuori delle acque territoriali, sancendosi così lo spostamento delle frontiere ben oltre i limiti della sovranità territoriale, in una progressiva 'deterritorializzazione del diritto'⁽⁷⁹⁾ – di navi adibite o coinvolte nel trasporto illecito di migranti.

Evocativa della logica di guerra e del predominio della forza sul diritto è del resto la disposizione di cui all'art. 7, comma quinto, d.m. 14 luglio 2003 (attuativo della l. 189/2002) – che sancisce come nel contesto di attività di contrasto in mare dell'immigrazione clandestina 'ove si renda necessario l'uso della *forza*, l'intensità, la durata e l'estensione della risposta devono essere proporzionate all'intensità dell'offesa, all'attualità e all'effettività della *minaccia*' – rispetto a cui appare meramente mistificatoria la clausola del rispetto 'della salvaguardia della vita umana' e della 'dignità della persona', posta in apertura della norma.

I tratti caratterizzanti della disciplina italiana dell'immigrazione – *c'est à dire* l'internazionalizzazione delle strategie di controllo e l'esternazionalizzazione dei luoghi e dei confini della segregazione⁽⁸⁰⁾ – producano l'esito illiberale di costruire una categoria di autore: l'immigrato *qualificato* come clandestino, cui si *attribuisce* lo *status* di nemico pubblico, da escludere e segregare.

L'attributo della clandestinità non rappresenta del resto – in sintonia con la logica stigmatizzante del *labelling* – che il portato dell'incapacità dell'ordinamento italiano⁽⁸¹⁾ ad approntare efficaci politiche (non già proibizioni

zione annuale dei flussi migratori, attribuendo all'esecutivo la potestà di blindare le frontiere, secondo un ferreo proibizionismo modellato sui paradigmi della *Zero tolerance*.

⁽⁷⁹⁾ S. MEZZADRA-E. RIGO, *L'Europa dei migranti*, in G. BRONZINI-H. FREISE-A. NEGRI-P. WAGNER, *Europa, costituzione e movimenti sociali*, Roma, 2003, 223. Rileva acutamente A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *QG*, 2004, 368, come lo spostamento delle frontiere, "traducendosi nell'esclusione di qualsiasi *contatto* dello straniero con il territorio e, quindi, con l'ordinamento dei paesi dell'Unione, comporterà lo *svuotamento* di fatto del diritto d'asilo (peraltro, già oggi largamente *negato* dai nostri ordinamenti): un esito, appunto, drammaticamente paradossale nell'epoca della guerra preventiva, finalizzata, secondo quanto proclamato dai suoi profeti, all'affermazione della democrazia e delle libertà *occidentali* in ogni angolo del globo".

⁽⁸⁰⁾ A. CAPUTO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁸¹⁾ Ma non solo. Si veda, in relazione all'analoga situazione spagnola, il raffinato contributo di M. CANCIO MELIÀ, *La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal* (art. 89 c.p.), Relazione tenuta in data 4.6.2004, nell'ambito del seminario '*Retos de la globalización para el Derecho penal*', presso la Universidad Autónoma de Madrid. Del resto, l'origine del progressivo e sempre più marcato irrigidimento delle politiche antimigratorie, in Europa ma direi meglio in tutto il mondo occidentale, deve rinvenirsi in una congiuntura economico-politica globale, che, dalla fine della guerra fredda e dalla correlativa caduta della divisione del mondo in due blocchi contrapposti, ha visto la graduale precarizzazione – nella *Risiko-*

zioniste, ma) di integrazione sociale, idonee a consentire la regolarizzazione dei migranti⁽⁸²⁾ ricorrendo invece sistematicamente alla misura dell'espulsione⁽⁸³⁾, che riproduce nei confronti del migrante la dinamica di segrega-

gesellschaft – dei diritti sociali e delle condizioni di impiego; il lento ma inesorabile indebolimento delle strutture assistenziali del *Welfare State*; l'incremento delle aree della marginalità sociale e quindi dei flussi migratori, da ciò derivanti. All'accentuazione in senso autoritario-repressivo delle politiche migratorie sviluppatasi in questo contesto, hanno indubbiamente contribuito in misura esponenziale la reazione politica *mondiale* agli eventi di *Ground Zero* e la progressiva diffidenza nei confronti del migrante, assunto quale emblema del nemico-criminale, di per sé temibile e pericoloso, irriducibilmente *diverso, alien*. Sottolineano quest'aspetto ed in particolare il legame tra le politiche migratorie fortemente restrittive – attuate da Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, in conseguenza dell'11/9 e sovente nel quadro di una legislazione antiterroristica di stampo repressivo e securitario – e l'esigenza di conferma identitaria delle nazioni occidentali, rispetto (non solo ai Paesi islamici, ma soprattutto) alle minoranze etniche presenti sui loro territori, J.P. ALLINNE, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la révolution au XXIe Siècle*, Tome II, Paris, 2004, 170 ss.; J. ANGRAND, *Enfermement identitaire et conflit intrasociétal: conséquences sur le plan de la sécurité internationale*; A. MACLEOD, *Insécurité et sécurité après les événements du 11 septembre: France et Gran Bretagne*, in S. J. KIRSCHBAUM, *Terrorisme et sécurité internationale*, Bruxelles, 2004, rispettivamente: 217 ss. e 199 ss. e, con riferimento all'ordinamento canadese, A. DONNEUR-S. ROUSSEL-V. CHIRICA, *Les conséquences des événements du 11 septembre sur l'autonomie de la politique étrangère canadienne: les mesures de sécurité et la nouvelle législation antiterroriste*, *ivi*, 171 ss..

⁽⁸²⁾ Ad esempio sulla base del decorso del tempo, della mancata commissione di illeciti penali, o su significativi indici di integrazione, quali *in primis* il conseguimento di un impiego lavorativo (in tal senso, A. CAPUTO, *op. cit.*, 362). Sottolinea C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali ed amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, II, Napoli, 2002, 260, come da un rapporto dell'Eurispes (Eurispes, a cura di, *Rapporto Italia 1999*, Roma, 1999, 47) possa evincersi che la liberalizzazione degli ingressi degli immigrati comporterebbe – oltre alla possibilità di una migliore regolamentazione dovuta all'ufficialità degli stessi – l'impoverimento delle organizzazioni criminali che non di rado creano un 'bisogno indotto' di emigrare verso il nostro paese, un netto risparmio delle risorse impiegate per la difesa ed il controllo delle coste, contribuendo ad abbattere le 'trincee marittime' e ad impedire così il sorgere di 'trincee cittadine'. L'A. rileva giustamente come la frequente condizione di clandestinità del migrante, nella misura in cui lo rende maggiormente ricattabile, rappresenti di per sé un fattore criminogeno, come dimostra il dato secondo cui, a fronte di un notevole incremento del tasso di clandestinità degli immigrati, il tasso di delittuosità degli stranieri regolari è inferiore a quello dei cittadini italiani (posizione di recente ribadita da Luigi MANCIONI in *La Repubblica*, 23 giugno 2005, 15). Ove poi si consideri (C. LONGOBARDO, *op. loc. ult. cit.*; D. PADOVAN, *L'immigrato, lo straniero, il carcere: il nuovo razzismo nelle città delle occidentali*, in *Dei del. e delle pene*, 1993, 1, 153) come il maggior numero di detenuti stranieri provenga da comunità contrassegnate da un elevato tasso di immigrati irregolari e lavoratori stagionali, emerge come le politiche migratorie di *zero tolerance*, lungi dal favorire la sicurezza interna, non abbiano che elevato il tasso di devianza, in una spirale in cui le logiche securitarie determinano l'incremento del tasso di insicurezza collettivo: *self-fulfilling prophecy?*

⁽⁸³⁾ La normativa in esame prevede tre forme di espulsione: quella, di cui all'art. 15, costituente misura di sicurezza; la sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione, di cui all'art. 16 (le cui eccezioni di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 27, comma

zione – a sua volta criminogena – riconducendo sul terreno del *contrainte sociale* la logica *rituale* della vendetta.

La stigmatizzazione primaria del migrante e la conseguente costruzione di questa nuova categoria di nemici pubblici (nonché capri espiatori di un sempre più diffuso *Unsicherheitsgefühl*) svolge peraltro un ruolo funzionale (in termini di copertura simbolica legittimante la struttura del sistema sociale) al mantenimento delle condizioni d'impiego salariale precario e sottopagato, che rappresentano il baricentro del sistema economico occidentale, fondato sull'esternalizzazione dei processi produttivi, delocalizzati nei paesi di emigrazione. Di qui la connotazione in chiave militar-poliziesca delle politiche migratorie ed il loro carattere antinomico rispetto ad una garanzia pregnante dei diritti fondamentali dell'uomo, ed in particolare dello *jus migrandi* sancito quale libertà fondamentale dal quarto comma dell'art. 35 Cost., nonché dall'art. 13 cpv. della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo (se inteso nell'accezione pregnante di diritto di circolazione transnazionale, e non quale mero diritto alla *fuga*)⁽⁸⁴⁾.

In tale prospettiva appare particolarmente significativo il teleologismo dei delitti di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione clandestina, di cui all'art. 12 t.u. 286/1998 (come modificato dalla l. 189/2002, sul punto invariato, salvo un ulteriore aggravio sanzionatorio, dalla l. 271/2004).

In estrema sintesi, la struttura delle fattispecie⁽⁸⁵⁾ si caratterizza per

3, sono state respinte da C. Cost., ordd. 226 e 422/2004, in ragione della ritenuta natura esclusivamente amministrativa della misura) e la misura (nominalmente) amministrativa di cui all'art. 13. Il comma 1 dell'art. 3 l. 155/2005 ha peraltro esteso le ipotesi di espulsione disposte dal Ministro dell'interno o, su sua delega, dal prefetto, ai casi in cui vi siano fondati motivi di ritenere che la permanenza dello straniero nel territorio nazionale possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali. In ragione dell'eliminazione, da parte della l. 155, del comma 3-sexies dell'art. 13 del t.u. imm., ora l'espulsione amministrativa (sia in generale sia nelle ipotesi di cui all'art. 3 d.l. 144/2005) può essere disposta anche in relazione allo straniero nei cui confronti si proceda per uno dei delitti di cui all'art. 407 cpv. c.p.p., nonché di cui all'art. 12 t.u. imm..

⁽⁸⁴⁾ A. CAPUTO, *op. cit.*, 363. Dello stesso vedasi altresì *Favoreggiamento all'emigrazione: questioni interpretative e dubbi di costituzionalità*, in *QG*, 2003, 1243 ss.. Si ricordi del resto che l'immigrato (il cui abbandono della residenza abituale, non motivato da ragioni di contrasto politico, né dall'espulsione da parte del Governo di appartenenza, ne esclude la riconducibilità alle categorie soggettive di 'rifugiato' o 'profugo') non è destinatario delle garanzie fondamentali statuite dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati. In tal senso, C. LONGOBARDO, *op. cit.*, 238-239.

⁽⁸⁵⁾ La cui forma base (art. 12, primo comma), sanziona "chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, compie *atti diretti* a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero ovvero *atti diretti* a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente". Il terzo comma del medesimo articolo prevede un'analoga fattispecie, più gravemente sanzionata, qualificata

una eccessiva anticipazione dell'intervento penale⁽⁸⁶⁾, connessa all'innesto del paradigma del delitto di attentato su di una condotta agevolatoria dell'altrui illecito (non già penale, ma meramente) amministrativo (quale è il primo ingresso *contra jus* dello straniero nel territorio dello Stato⁽⁸⁷⁾), ov-

dal dolo specifico – in funzione non tanto selettiva, data l'evanescenza del suo contenuto, quanto piuttosto di anticipazione del momento consumativo – di trarre profitto *anche indiretto* dalla condotta, ovvero dalla realizzazione del fatto da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti. I commi 3-*bis* e 3-*ter* prevedono peculiari circostanze aggravanti, sottratte – in linea con il rigore repressivo che caratterizza l'intero ordito normativo – al bilanciamento. La vocazione simbolico-espressiva della norma ed il carattere emergenziale delle opzioni politico-criminali ad essa sottese riemerge infine nella prevista esclusione dei benefici penitenziari *ex art. 4-bis* ord. pen., per gli autori dei reati di cui all'art. 12, nonché nella introduzione, di cui al comma 3-*quinqüies*, di una fattispecie premiale. Ora, non può omettersi di rilevare la carenza di precisione (nonché i profili di dubbia costituzionalità in relazione al principio di riserva di legge di cui all'art. 25, cpv., Cost.) della fattispecie di favoreggiamento dell'emigrazione illegale di cui al primo comma dell'art. 12. Il requisito di illiceità speciale dell'ingresso illegale non precisa infatti il parametro normativo alla cui stregua condurre il giudizio di illegalità dell'ingresso stesso. Dovendosi escludere la possibilità di identificarlo con la disciplina dell'ordinamento italiano (non potendo essa dettare le condizioni di legalità dell'ingresso in altro Paese), il parametro di illegalità dell'ingresso nel territorio dello Stato estero (di cui la persona “non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente”), sembra doversi identificare con la disciplina dello Stato di destinazione, che regoli la materia, con integrale assorbimento del precetto, quindi, nella normativa estera di riferimento, e con la conseguente denazionalizzazione dell'offesa, parallela all'internazionalizzazione dell'oggettività giuridica sottesa alla norma (in tal senso, A. CAPUTO, *Favoreggiamento, etc., cit.*, 1246).

⁽⁸⁶⁾ Cui si ispira, tra l'altro, la fattispecie di pericolo indiretto di cui all'art. 5, comma 8-*bis*, del t.u., volta a sanzionare la contraffazione o l'alterazione di documenti al fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o reingresso, di un permesso, una carta od un contratto di soggiorno. L'eccessiva anticipazione della soglia di intervento penale induce a dubitare che si tratti di meri ‘reati di sospetto’.

⁽⁸⁷⁾ Sottolinea C. LONGOBARDO, *op. cit.*, 254, come già in relazione al d.l. 489/95 siano state avanzate, dagli esponenti del centro-destra, proposte volte a sanzionare con la reclusione da tre mesi a tre anni la condotta del cittadino extracomunitario che, eludendo i controlli di frontiera, avesse fatto ingresso nel territorio dello Stato, o vi si fosse trattenuto sottraendosi all'esecuzione delle procedure di accompagnamento alla frontiera. Nella medesima prospettiva repressivo-deterrente si è proposta, già nel 1998, l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno clandestino e abusivo, subordinato all'arresto obbligatorio immediato in flagranza e ad “una pena detentiva piuttosto severa per essere efficace e sufficientemente intimidativa” (E. FORTUNA, *Italia Oggi*, 26 agosto 1998, cit. da C. LONGOBARDO, *op. loc. ult. cit.*) [come se già Beccaria non avesse dimostrato a sufficienza il carattere mistificante ed illusorio della pretesa equivalenza tra il rigore della comminatoria editale e l'efficacia general-preventiva negativa della norma incriminatrice]. Da ultimo, appare opportuno ricordare l'emendamento proposto – e successivamente ritirato – dal relatore Luigi Bobbio nell'ambito del dibattito parlamentare inerente la conversione del d.l. 241/2004, diretto all'introduzione di un'autonoma fattispecie incriminatrice della condotta di immigrazione clandestina. Sul punto, v. L. SCOMPARIN, *Stranieri e carcere. Tra diritto e realtà*, in *LP* 2005, 85 ss., cui si rinvia anche per l'analisi delle difficoltà concrete incontrate dai detenuti stranieri nell'accesso

vero, paradossalmente (in relazione all'ipotesi, di cui al primo comma dell'art. 12, di favoreggiamento dell'emigrazione illegale dall'Italia in assenza dei requisiti qualificanti di cui al terzo alinea), dell'esercizio di una libertà – quella di emigrazione – costituzionalmente garantita dall'art. 35, comma quarto⁽⁸⁸⁾.

Ora – a prescindere dalla valenza simbolica dell'utilizzazione del modello del delitto di attentato, che affondando le proprie radici nei *crimina lesae maiestatis*, rappresenta uno dei paradigmi caratteristici della legislazione d'emergenza – la sinergia funzionale tra lo schema del reato a consumazione anticipata e la struttura del reato di agevolazione di una condotta non costituente reato determina un'anticipazione dell'intervento penale, estesa sino all'autonoma incriminazione di atti (meramente) preparatori al concorso in un illecito non penale⁽⁸⁹⁾, con un'accentuazione della dimensione prognostica della fattispecie⁽⁹⁰⁾ e del suo momento soggettivo, con il rischio di risolverne il disvalore nella *Gesinnung* dell'autore⁽⁹¹⁾.

Analoga costruzione in chiave soggettivistica si riscontra nell'ipotesi, di cui al quinto comma dell'art. 12, di favoreggiamento della permanenza illegale dello straniero, ove l'*Handlungsunwert* della fattispecie – la cui condotta s'innesta sull'agevolazione di un comportamento penalmente irrilevante – si assorbe interamente nel contenuto (invero poco pregnante) del dolo specifico ('al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di il-

ai benefici penitenziari, ed in generale per il contenuto nient'affatto rieducativo che l'esecuzione della pena detentiva presenta (in particolare) rispetto a tali soggetti. In proposito, rileva lucidamente G. MAROTTA, *Detenuti stranieri in Italia: dimensioni e problematiche del multiculturalismo penitenziario*, in *Rass. pen. crim.*, 2003, 2, come, se il 'mito' della rieducazione è in parte tramontato per gli italiani, "per gli stranieri non [è] neanche iniziato".

⁽⁸⁸⁾ Parametro normativo la cui valorizzazione (anche in ragione del suo carattere metapositivo, che l'ordinamento si limita a riconoscere, non già ad attribuire) ha condotto la Consulta a dichiarare, con sent. 269/1986, l'illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 5, primo comma, l. 1278/1930, volta a sanzionare la condotta di chi, in assenza di fini lucrativi o della diffusione di notizie od indicazioni false, eccita(sse) con mezzi pubblicitari all'emigrazione.

⁽⁸⁹⁾ Così M. MENEGHELLO-S. RIONDATO, sub *artt. 2, 3, 4, l. 39/1990*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *la condizione giuridica dello straniero*, Padova, 1997, 237 ss..

⁽⁹⁰⁾ Elemento che secondo G. JAKOBS, *op. loc. ult. cit.*, costituisce uno dei tratti caratterizzanti il paradigma del diritto penale del nemico.

⁽⁹¹⁾ Con ciò non si intende peraltro negare la *doverosità* di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle fattispecie di attentato, ovvero come richiedenti l'idoneità offensiva della condotta rispetto al fine (come peraltro affermato, in relazione alla norma in esame, da Cass., I, 5.6.2002, Galgano, in *DPP*, 2002, 1083, che ha sul punto rigettato l'eccezione di legittimità costituzionale della fattispecie di cui al comma primo dell'art. 12, per violazione del principio di tassatività). Si intende invece segnalare il rischio latente nella formulazione normativa (con particolare riferimento alla ipotesi di favoreggiamento dell'emigrazione clandestina), soprattutto in considerazione del fatto che mira a sanzionare (peraltro assai gravemente) l'agevolazione dell'esercizio di una libertà – quella di emigrazione – costituzionalmente tutelata.

legalità dello straniero'). È su questo requisito soggettivo, dai contorni sfumati e dall'oggetto (se non evanescente, quantomeno) poco definito⁽⁹²⁾, che si fonda una così avanzata anticipazione dell'intervento penale, contrassegnata da un rigore repressivo del tutto sproporzionato rispetto alla idoneità lesiva della condotta. Non solo.

L'ambivalente costruzione della figura del migrante in chiave di soggetto debole, bisognoso di tutela dall'altrui sfruttamento, appare una mera copertura simbolica, funzionale ad un'opzione politico-criminale, emergente dall'intera disciplina in esame, volta all'isolamento ed all'esclusione dei migranti – categoria che la stessa normativa, al di là delle *fictiones juris*, costruisce come socialmente pericolosa – cui corrisponde peraltro la radicale assenza di strategie di possibile regolarizzazione e di integrazione sociale degli stranieri. In tal senso depone peraltro la natura del bene giuridico protetto dalle fattispecie di cui all'art. 12 t.u. 286/1998 e successive modifiche, da taluni individuato nel duplice fine di garantire da un lato l'integrità dei confini e l'effettivo controllo degli ingressi, e, dall'altro, la sicurezza e la dignità dei soggetti il cui ingresso illegale si agevola, non potendosi del resto ritenere il loro consenso idoneo a scriminare la condotta, in ragione dell'indisponibilità del bene della dignità⁽⁹³⁾.

Ora – a prescindere dalla dubbia idoneità delle fattispecie in analisi ad approntare un'efficace tutela alla posizione (certamente vulnerabile) del migrante – la natura plurioffensiva potrebbe affermarsi soltanto in rela-

⁽⁹²⁾ Secondo i canoni della legislazione simbolica (per ineffettività disnomica: C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in RIDPP, 1990, 532; nonché su profili più generali, ID., *Minima non curat praetor, l'ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, *passim*), la insufficiente tipizzazione della norma si rivela strumentale alla sua stessa ineffettività, assolvendo essa una mera funzione di stigmatizzazione primaria, rispondente ai 'bisogni emotivi di pena' (dal legislatore strumentalizzati, anziché filtrati) nei confronti degli *outsiders* sociali. L'ontologica carenza di determinatezza della fattispecie si riverbera anche sulla descrizione della condotta, risolvendosi essa nell'agevolazione (concetto già di per sé semanticamente polivalente) di comportamenti (a loro volta) non precisamente individuabili sul piano naturalistico: la permanenza sul territorio dello Stato è infatti una nozione di genere, suscettibile di integrazione da parte di molteplici condotte. A conferire maggiore precisione alla fattispecie non potrebbe del resto contribuire il requisito del carattere illegale della permanenza dello straniero, essendo esso costruito sulla della omnicomprensiva clausola della violazione delle norme stesse del testo unico. L'eccezione di illegittimità costituzionale, rispetto all'art. 25 cpv., Cost., dell'identica formula di cui al comma primo dell'art. 12, è stata comunque ritenuta manifestamente infondata da Cass., Galgano, cit., argomentando – in maniera a nostro avviso tuttavia non risolutiva – dalla possibilità di ricomprendere nella sfera applicativa della norma "ogni possibile applicazione della prevista attività diretta a favorire l'ingresso di stranieri in Italia con la violazione di ciascuna delle specifiche disposizioni" del testo unico, da ciò asseritamene derivando non già la violazione dell'art. 25, cpv., Cost., ma "soltanto (!) una maggiore difficoltà di individuazione e ricostruzione della fattispecie concreta".

⁽⁹³⁾ M. CERASE, *Il commento*, in DPP, 2002, 1347.

zione alle ipotesi di favoreggiamento qualificate dalla finalità lucrativa (art. 12, commi terzo, prima parte, e quinto) ma non certo nei restanti casi. Ove (in particolare nel primo comma dell'art. 12), non essendo ravvisabili gli estremi dello sfruttamento, né tantomeno l'azione di organizzazioni criminali, il bene giuridico si identifica nell'ordine pubblico inteso in un'accezione a forte connotazione internazionalistica, quale cioè interesse della personalità internazionale dello Stato al controllo dei flussi migratori transfrontalieri ed alla loro compatibilità con le convenzioni internazionali stipulate, in materia, dal Governo⁽⁹⁴⁾.

Rispetto a tale interesse, il migrante (*a fortiori* se irregolare o clandestino) viene percepito come soggetto pericoloso e l'emigrazione in sé quale fenomeno 'emergenziale' da contrastare con politiche (penali) di *Zero tolerance* e di isolamento⁽⁹⁵⁾. Cui sembra finalizzata tra l'altro la fattispecie di favoreggiamento della permanenza illegale dello straniero sul territorio dello Stato, ove se ne consideri la reale portata e l'inidoneità del solo oggetto del dolo specifico di sfruttamento⁽⁹⁶⁾ ad orientarne lo *Schutzaspekt* verso la tutela della dignità del migrante.

La flessibilizzazione delle categorie dommatiche e dei criteri d'imputa-

⁽⁹⁴⁾ È la tesi di L. BAIMA BOLLONE, *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Milano, 2003, 212. La dimensione internazionale del bene giuridico protetto [scil. dalla *ratio tutelae*, secondi i canoni dell'attuale tendenza all'amministrativizzazione del diritto penale; analog., C. LONGOBARDO, *op. cit.*, 255] dalle norme in tema di immigrazione e la loro idoneità a tutelare un equilibrio (anche) soprannazionale nella gestione del fenomeno migratorio è ulteriormente avvalorata dalla disciplina di cui al d.lgs. 12/2005, di attuazione della direttiva 2001/40/CE relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi.

⁽⁹⁵⁾ Appare in proposito significativo che nella rappresentazione mediatica il fenomeno migratorio e l'insicurezza cittadina (derivante dalla percezione dell'aumento dei tassi di criminalità) siano sovente accomunati o descritti in termini strettamente consequenziali, sì da indurne, nell'opinione pubblica, l'equiparazione, nonché da veicolare una lettura pancriminologica della realtà dei migranti. Efficaci in proposito le considerazioni di D. PADOVAN, *op. cit.*, 155 (riportate da C. LONGOBARDO, *op. cit.*, 260): "quando la sanzione tocca in modo particolarmente intenso sia dal lato giudiziario che dal lato della sua gestione a livello della grande informazione di massa, le minoranze degli immigrati, ciò è sufficiente a imprimere loro uno "stigma" di pericolosità sociale e percepire quotidianamente l'immigrato come un criminale allo stato potenziale".

⁽⁹⁶⁾ Di cui come tale non si richiede la realizzazione, ma la mera proiezione finalistica della condotta. Ritieni pertanto A. CAPUTO, *Immigrazione, etc., cit.*, 372, che la *ratio* latente della norma sia quella di 'fare terra bruciata' attorno allo straniero irregolare; la tesi trovando peraltro conferma nelle considerazioni svolte da Trib. Roma, 28.2.2002, Thomas, in *CP*, 2002, 3909, ove si afferma l'insussistenza di un dovere "di tutte le persone soggette all'ordinamento (...) di tenere comportamenti miranti all'allontanamento di persone illegalmente presenti, rendendone "invivibile" la permanenza". Sembra pertanto meramente declamatoria (o forse dettata dalla 'cattiva' coscienza della eccessiva latitudine della fattispecie) la clausola di cui al secondo comma dell'art. 12, alla cui stregua non costituiscono reato "le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni

zione della responsabilità, nonché la strumentalità del precetto penale rispetto ad esigenze securitarie e socialdifensive – tratti, questi, caratterizzanti il paradigma del diritto penale del nemico – emergono chiaramente dall'evoluzione normativa subita dalla fattispecie di ingiustificato trattenimento dello straniero espulso nel territorio dello Stato (art. 14, comma 5-ter), trasformata (salvo una ipotesi, peraltro marginale, ancora di carattere contravvenzionale) da contravvenzione a delitto dalla l. 271/2004, al fine di ovviare alle censure di incostituzionalità⁽⁹⁷⁾ di un arresto obbligatorio privo di qualsiasi esito sul piano processuale, in quanto previsto per una contravvenzione la cui comminatoria edittale precludeva l'applicazione di misure cautelari coercitive.

Con l'esito paradossale di accentuare, in maniera del tutto sproporzionata rispetto al disvalore del fatto, il rigore repressivo di una fattispecie non solo di mera inosservanza (*einfache Ungehorsam*) e (anche astrattamente) carente di idoneità lesiva rispetto al bene tutelato⁽⁹⁸⁾, ma altresì carente di determinatezza⁽⁹⁹⁾.

Profili, questi, debitamente rilevati dalla prima sezione del Tribunale di Genova, che con l'ordinanza n. 544, emessa in data 10 dicembre 2004, ha sollevato eccezione di illegittimità costituzionale della norma in esame, per violazione del principio di ragionevolezza-proporzionalità, determinata in ragione della manifesta ed irragionevole sproporzione dalla pena prevista dalla riforma del 2004 rispetto non soltanto alla sanzione comminata solo due anni prima (pur non essendo tale inasprimento sanzionatorio giustificato da significativi mutamenti del contesto sociale di riferi-

di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato". Potrebbe infatti essere diversamente, in assenza della finalità di sfruttamento?

⁽⁹⁷⁾ Rilevate da C. Cost., 223/2004.

⁽⁹⁸⁾ Dovendo infatti identificarsi esso con l'ordine e la sicurezza pubblica, ne consegue l'assoluta inidoneità lesiva, nei confronti di tale bene giuridico, della condotta di mera inottemperanza ad un decreto di espulsione che lo stesso legislatore qualifica (art. 14, co. 5-bis), come 'non immediatamente eseguibile'. In tal senso, v. E. CALCAGNO, *Il commento*, in *DPP*, 2004, 846. Questi rilievi inducono pertanto a ritenere come all'oggettività giuridica in questione debba ricomprendersi anche la tutela della mera regolarità ed effettività della disciplina amministrativa di settore.

⁽⁹⁹⁾ La declaratoria di infondatezza della questione di illegittimità costituzionale, sollevata in relazione alla norma in esame, in ragione della carente determinatezza della formula 'senza giustificato motivo', è stata infatti resa all'esito di una quantomai articolata sentenza interpretativa (C. Cost., sent. 5/2004), volta a ridimensionarne (sia pur soltanto in parte) la latitudine applicativa e la polivalenza semantica, nonché a scongiurare la violazione della presunzione di non colpevolezza dell'imputato – conseguente ad un'interpretazione della norma come prescrivente un'indebita inversione dell'onere della prova della sussistenza del giustificato motivo a carico dell'imputato, sul quale invece graverebbe, ad avviso della Corte, un mero onere di allegazione dei motivi non conosciuti né conoscibili dal giudice.

mento), ma anche in riferimento alle pene previste per le ipotesi – dall'analoga *ratio* – di cui agli artt. 650 c.p. e 2 l. 1423/1956⁽¹⁰⁰⁾.

Questo esasperato rigorismo repressivo (che ingenuamente identifica nell'incremento della comminatoria edittale lo strumento privilegiato, se non esclusivo, di controllo della criminalità), la carente determinatezza della maggior parte delle norme incriminatrici – che mina la certezza del diritto e la funzione garantista del *Tatbestand*, rimettendo alla discrezionalità del giudice l'apprezzamento della penale rilevanza del caso concreto – la sensibile riduzione delle garanzie sostanziali e processuali⁽¹⁰¹⁾ e l'antici-

⁽¹⁰⁰⁾ Sul punto, vds. A. CAPUTO, *Prime note sulle modifiche alle norme penali del testo unico sull'immigrazione*, in *QG*, 2005, 252 ss., il quale rileva come la modifica della norma determini la riproposizione del regime penal-amministrativo incentrato sul passaggio dall'espulsione all'ordine di allontanamento, dall'incriminazione della sua inosservanza all'arresto, dal giudizio direttissimo, nuovamente, all'espulsione. Ne consegue pertanto, ad avviso dell'A., come lo *Schutzaspekt* della norma in esame si polarizzi sulla tutela del regime amministrativo dell'immigrazione, rivelando il 'persistente intreccio tra prevenzione e repressione che del concetto di ordine pubblico rappresenta un tratto saliente».

⁽¹⁰¹⁾ In ragione non solo dell'adozione di misure amministrative fortemente afflittive in funzione elusiva dello statuto penalistico, ma anche dell'introduzione di istituti processuali peculiari, quale ad es. l'arresto obbligatorio anche fuori dei casi di flagranza, per i reati di cui agli artt. 13 e 13-*bis* (come modificati dalla l. 27172004, peraltro a seguito di due pronunce della Consulta volte a rimarcare l'esigenza di elementari *garanzie* in relazione a provvedimenti restrittivi della libertà personale), che contrasta con un principio generale dell'ordinamento costituzionale, alla cui stregua la privazione della libertà personale da parte della polizia giudiziaria presuppone una situazione di necessità ed urgenza tale (art. 13, co. 3 Cost.), che in assenza di flagranza sembra essere meramente presunta *juris et de jure*. Si consideri altresì che tra le ipotesi per cui si consente l'arresto obbligatorio anche fuori dai casi di flagranza, rientra l'inottemperanza all'ordine del questore conseguente ad espulsione disposta ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c), il cui presupposto è la mera appartenenza dello straniero alla categoria delle persone pericolose od indiziate di far parte di associazioni di tipo mafioso (artt. 1 l. 1423/1956 e art. 1, l. 675/1965), in assenza di alcuna necessità di indagini sulla legalità dell'ingresso nel territorio nazionale. Si tratta cioè di un'ulteriore ipotesi di stigmatizzazione di un tipo normativo d'autore, del tutto svincolata dalla *Tatschuld*, e di dubbia legittimità costituzionale. La recente l. 155/2005 ha peraltro disposto ulteriori restrizioni delle garanzie sostanziali e processuali, nei confronti, tra l'altro, dello straniero appartenente "ad una delle categorie di cui all'art. 18 l. 152/1975, o nei cui confronti vi siano fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali". In relazione a questa categoria di "nemici" si prevede (sino al 31 dicembre 2007) un regime espulsivo (affidato alla determinazione del Ministro dell'Interno o, su sua delega, del prefetto) prescindente dall'intervento dell'autorità giurisdizionale – sia relativamente al nulla osta che alla convalida dell'esecuzione, ove non comporti il trattenimento in un centro di permanenza – oltre a diverse ipotesi premiali, volte ad incentivare la collaborazione dello straniero alle indagini in materia di terrorismo. L'art. 3 l. 155 ha peraltro riassegnato al Tar la giurisdizione in materia di controversie sui decreti di espulsione disposti ai sensi della medesima norma (qualificando così la posizione giuridica soggettiva dello straniero colpito da provvedimento espulsivo per ragioni di ordine e sicurezza dello Stato come di mero *interesse legittimo*). La norma presenta profili di dubbia legittimità costituzionale, in relazione: a) alla previsione del-

pazione dell'intervento penale, estesa sino alla criminalizzazione di condotte (o di atti preparatori) in radice inidonee a ledere o ad esporre a pericolo il bene tutelato⁽¹⁰²⁾ – individuano inequivocabilmente nella disciplina italiana dell'immigrazione, l'emersione del paradigma del *Feindstrafrecht*.

Nella discrasia tra funzioni simboliche (la disciplina del flusso migratorio) e funzioni strumentali del precetto (realizzare, con politiche securitarie di *Zero tolerance*, una segregazione della *class dangereux* dei migranti) si radica la valenza simbolico-espressiva e preformativa dell'identità differenziale del nemico, propria di questa legislazione.

Alla categoria del cittadino, dotato di diritti e garanzie formali e sostanziali, viene in tal modo contrapposta la sfera della marginalità sociale, costituita dagli immigrati irregolari, cui i meccanismi di etichettamento ed esclusione, propri delle forme di *contrainte sociale* (tra le quali *in primis* il diritto penale), negano non soltanto i diritti di cittadinanza, ma altresì la stessa qualificazione di *persone*.

La selettività del diritto penale (ed in particolare di *questo* diritto penale) relega tali *non-persone* in un *outside* rappresentato dal carcere (come

l'esecuzione dell'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale in assenza del previo nulla osta del giudice, idonea a violare i principi di cui agli artt. 24 e 25 Cost.; b) alla previsione dell'esecuzione dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera (che secondo C. Cost., sent. 105/2001, costituisce misura incidente sulla libertà personale) senza attendere il giudizio di convalida del giudice di pace, in violazione dell'art. 13 Cost.; c) alla previsione dell'esecuzione immediata del provvedimento di espulsione, la cui efficacia non può essere sospesa dal giudice amministrativo e che non richiede l'avenuta convalida della misura dell'accompagnamento, in contrasto con l'art. 24 Cost., e con l'interpretazione fornita da C. Cost., 222/2004, alla cui stregua il giudizio di convalida deve svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione dell'accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa; d) al divieto di sospensione dell'efficacia del provvedimento di espulsione da parte del giudice amministrativo, idoneo a violare gli artt. 3, 24 e 113 Cost., nella misura in cui limita il diritto alla effettività tutela giurisdizionale, nel contenuto pregnante ribadito da C. Cost., sent. 284/1974, anche in relazione alla fase cautelare del procedimento amministrativo (in tal senso, O. FORLENZA, *Liti sui decreti di espulsione restituite al Tar*, in *Guida dir.*, 2005, n. 33, 75). Ancora in relazione ai profili antigarantistici della disciplina generale di cui al t.u. 286/1998, si consideri l'esigenza di elementari garanzie giurisdizionali in relazione alle misure restrittive della libertà personale, ribadita dalle pronunce della Consulta (222 e 223/2004) e sostanzialmente disattesa anche dalla recente l. 271/2004, che nel modificare il comma 5-*bis* dell'art. 13 t.u. 286, ha previsto la possibilità di convalidare in questura il provvedimento di accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera, in assenza del trasferimento presso il centro di permanenza, così surrettiziamente introducendosi, con il trattenimento presso gli uffici di polizia, una misura privativa della libertà personale, non garantita dalla convalida dell'autorità giudiziaria, *ex art.* 13 Cost.

⁽¹⁰²⁾ Come abbiamo visto in relazione a diverse ipotesi di pericolo indiretto, od all'innesto sul modulo del delitto di attentato, di una condotta agevolatoria di un illecito non penale, quando non di un comportamento costituente addirittura l'esercizio di un diritto fondamentale dell'uomo.

luogo esterno al progetto politico della modernità) o dall'espulsione dallo spazio cittadino.

Seguendo i paradossi della logica attuariale, l'esigenza di produrre censura "finisce per tracciare i confini della criminalizzazione primaria su quelli materiali dell'effettiva criminalizzazione secondaria. Si assiste così ad un'inversione funzionale: dall'analisi degli autori che effettivamente sono penalizzati e cancerizzati si ridefinisce in una logica deflattiva quali sono i soli fatti che meritano di essere penalmente perseguiti"⁽¹⁰³⁾.

Del resto, la (latente) finalità securitaria della disciplina (in particolare, ma non solo italiana) dell'immigrazione emerge dall'assoggettamento di questa categoria di 'nemici' ad un sottosistema speciale di *Sanktionenrecht*, che si avvale (oltre alla sanzione penale *tout court*) di misure eccezionali,

⁽¹⁰³⁾ Come lucidamente osserva, in un contesto di riflessione più generale, M. PAVARINI, *Teoria e prassi del sistema sanzionatorio*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, cit., II, 420. Sottolinea D. MELOSSÌ, *La "sovrarappresentazione" degli stranieri nei sistemi di giustizia penale europei ed italiano*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2003, (4), 19 ss., come mai come nel contesto dell'implementazione delle legislazioni in materia di immigrazione il tasso di incarcerazione costituisca "allo stesso tempo una misura di criminalità ed una misura di criminalizzazione". La selettività del sistema penale (nonché il tendenziale etnocentrismo delle agenzie del controllo sociale) è infatti emblematicamente espressa dalla sovrarappresentazione degli immigrati nelle carceri (non solo, ma in particolare) italiane, dovuta ad un sinergismo di fattori di ordine ad un tempo socioeconomico, normativo e strutturale. In particolare sotto il profilo giuspositivo, rilevano in tal senso l'alveo applicativo della disciplina di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p. – che tra le ipotesi di arresto in flagranza ricomprende i reati più frequentemente commessi (secondo i dati statistici) da stranieri, oltre ai casi di arresto obbligatorio in flagranza per gli illeciti di inottemperanza all'ordine di allontanamento, di cui all'art. 14, comma 5-*quinquies* t.u. 286/1998 e di arresto obbligatorio, anche non in flagranza, per la condotta di illecito reingresso nel territorio nazionale, di cui all'art. 13, comma 13-*ter* t.u. cit. –, la vaghezza di molti dei parametri normativi che ne regolano l'applicazione (in particolare, i criteri disciplinanti l'arresto facoltativo nonché taluni requisiti propri di specifiche ipotesi di arresto obbligatorio, come quella di cui alla lett. h dell'art. 380 c.p.p.) con il conseguente ampio margine di discrezionalità rimesso al giudice nella valutazione degli stessi; la circostanza che il giudizio di fondatezza del pericolo di fuga ai sensi dell'art. 384 c.p.p., come modificato dalla l. 128/2001, si fonda anche sull'impossibilità di identificare l'indiziato (ipotesi notevolmente frequente nei casi di immigrati privi di documenti di identità od in possesso di documenti falsi, circostanza questa che la l. 155 ha elevato a presunzione qualificata del pericolo di fuga dell'indiziato, legittimante la polizia giudiziaria a procedere al fermo di propria iniziativa). Ne consegue come, anche in fase di convalida e di possibile applicazione della misura cautelare la prospettiva carceraria tenda a privilegiare il migrante che, benché identificato in base a rilievi dattiloscopici, "non è generalmente in grado di fornire idonee garanzie quanto al proprio domicilio, risultando conseguentemente un soggetto rispetto al quale ritenere agevolmente dimostrata l'esigenza cautelare del pericolo di fuga ed inadeguata ogni misura diversa dalla custodia in carcere" (L. SCOMPARIN, *op. cit.*, 85). Del resto, anche in caso di sentenza di condanna il ricorso all'istituzione totale privilegia tendenzialmente il migrante, in ragione della frequente situazione di irregolarità, ritenuta generalmente incompatibile con la prognosi negativa sulla futura astensione dal reato necessaria alla concessione della sospensione condizionale della pena (in tal senso, L. SCOMPARIN, *op. cit.*, 89).

(formalmente) non penali (ma egualmente afflittive e stigmatizzanti) soltanto per eludere, surrettiziamente, le garanzie sostanziali e processuali dell'ordinamento penale, costruendo un "diritto della segregazione"⁽¹⁰⁴⁾ di cui emblema significativo – non soltanto per la valenza semantica – è la peculiare misura dell'*espulsione*.

Escludente e stigmatizzante ancor più del carcere (qui infatti non si allontana "soltanto" dalla comunità, ma si esclude, addirittura, dai *confini* del territorio)⁽¹⁰⁵⁾ essa rappresenta la ipostatizzazione simbolica della neutralizzazione selettiva del 'nemico interno', quale viene costruito – in una società globale dominata da politiche neoliberiste⁽¹⁰⁶⁾ – il migrante, temibile nel suo naturale *essere-altro*, in primo luogo emblema di un freudiano "*regard permanent de l'autre sur soi*" e pertanto segnato dallo stigma dell'esclusione.

La schmittiana dialettica binaria amico-nemico, inclusione-esclusione, nella irriducibile alterità dei poli entro cui si muove, esclude ovviamente ogni funzione (non soltanto risocializzante, ma) comunque diversa dalla neutralizzazione selettiva mediante segregazione, a sua volta funzionale alla stigmatizzazione di questi *outsiders sociali*.

Ma quello dell'esclusione è un *metacodice* più ambiguo e dalle dinamiche più sottili: l'esclusione del nemico, in quanto in primo luogo *diverso*

⁽¹⁰⁴⁾ L'efficace espressione è di A. CAPUTO, *Immigrazione, etc., cit.*, 379. In proposito, non può omettersi di rilevare come anche la misura del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea rappresenti un'ipotesi di detenzione amministrativa del tutto eccezionale, la cui afflittività è stata espressamente riconosciuta da C. Cost., 10572001, che pur rigettando l'eccezione di costituzionalità in ragione della prevista limitazione del trattenimento al tempo strettamente necessario all'esecuzione dell'espulsione, ha precisato che non solo il provvedimento di 'trattenimento', ma anche quello presupposto di accompagnamento coattivo alla frontiera, costituiscono misure incidenti sulla libertà personale ai sensi dell'art. 13 Cost., a motivo del carattere di immediata coercitività, che vale a differenziare queste misure dalle altre, incidenti unicamente sulla libertà di circolazione.

⁽¹⁰⁵⁾ Si snoda in altri termini qui il passaggio dal concetto di *inimicus* a quello di *hostis*, che mutuando la sua radice da *hospites*, immette la dinamica del conflitto nei confini della comunità politica.

⁽¹⁰⁶⁾ Secondo J. YOUNG, *The Exclusive Society*, London, 1999, questa caratterizzazione della società attuale, nata sul crollo del *Welfare*, determinerebbe la prevalenza di prassi di neutralizzazione selettiva dei 'nemici interni' – identificati nelle fasce marginali e povere – sulle politiche di integrazione sociale. Il passaggio da una società 'bulimica' (che cioè tende a fagocitare i soggetti ritenuti ostili, si da neutralizzarne la pericolosità mediante l'inclusione nel corpo sociale) ad una anoressica (che cioè, quale quella attuale, oppone un rifiuto 'antropemico' nei confronti dei soggetti avvertiti come estranei), sarebbe in tal senso funzionale all'affermazione delle politiche neoliberiste, naturalmente esigenti strategie di criminalizzazione delle *underdog class*. Un'interessante illustrazione di questo tema è stata fornita da M. PAVARINI, nella Relazione svolta al Convegno "*Silète poenologi in munere alieno*" (Abbadia di Fiastra, Macerata, 17-18 febbraio 2005); per ulteriori riferimenti al tema ricordiamo la Relazione svolta, nella medesima sede, da G. FORTI, ed al suo *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 134 ss..

e (rappresentato come) altro da sé, è funzionale al rafforzamento dell'identità di chi esclude⁽¹⁰⁷⁾.

L'identificazione del 'nemico' rafforza cioè i confini di una realtà *inclusiva*, segnata da un *Nomos der Erde* che nasce sulla logica della differenziazione delle identità.

Quella del nemico è del resto una figura che, sorta sul terreno degli *arcana seditionis*, ha sempre legittimato la forza dello *jus publicum* del sovrano, il solo capace di decidere – ci ricorda Carl Schmitt – sullo *stato di eccezione*⁽¹⁰⁸⁾.

Segnata inevitabilmente dalla doppiezza del codice dell'esclusione, e dalla sottile sinergia con la dinamica della legittimazione del potere, la figura del criminale-nemico ripropone, oggi più che mai, l'ambivalenza di un *contratto sociale* che, nato per includere, finisce con l'incorporare, tragicamente, la rottura.

FEDERICA RESTA

⁽¹⁰⁷⁾ N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, 583. Del resto, come rilevano M. PASTORE, *Frontiere, conflitti, identità. A proposito di libera circolazione e nuove forme di controllo sociale in Europa*, in *Dei del. delle pene*, 1993, 3, 31 ss., e C. LONGOBARDO, *op. cit. loc. ult. cit.*, il riconoscimento esclusivo ai cittadini dell'Unione Europea del diritto alla libera circolazione all'interno del territorio dell'UE ha costituito, già dalla Convenzione di Schengen, un fattore preponderante ai fini della definizione, appunto per contrapposizione, dello *status* dei cittadini dell'Unione rispetto a quello degli extracomunitari (la semantica è significativa...) che già fanno parte, *de facto*, della popolazione europea.

⁽¹⁰⁸⁾ E. RESTA *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 4^a ed., 2005, 99.