

UNA NUOVA NOZIONE DI DIRITTO PENALE DEL
NEMICO. SPUNTI A PARTIRE DAI LIMITI DELLE
TEORIE TRADIZIONALI E DAL CONTROLLO DI
PROPORZIONALITÀ SULLE TECNICHE DI
INCRIMINAZIONE



*Filippo Ferri**

SOMMARIO 1. Il nodo irrisolto del diritto penale del nemico. – 2. Le teorie tradizionali ed i loro limiti. – 3. L'esigenza di un rapporto di proporzionalità tra reato e pena in senso ampio. – 4. La nuova possibile teoria di diritto penale del nemico come deviazione dal rapporto di proporzionalità. – 5. Alcuni tentativi di applicazione pratica.

1. Il nodo irrisolto del diritto penale del nemico

La categoria concettuale di *diritto penale del nemico* ha ricevuto molta attenzione negli ultimi decenni, pur manifestandosi nel pensiero della dottrina secondo ricostruzioni differenti.

L'uso di questo termine si è rivolto soprattutto alla descrizione delle diverse e numerose evoluzioni in senso antigarantista che hanno vissuto molti sistemi penali in epoca recente, a partire dalla lotta al terrorismo e dall'emergere sempre più inarrestabile della criminalità organizzata, passando per le complesse dinamiche di mutamento e di reazione che si intrecciano nel panorama ancora attuale del multiculturalismo. Il concetto ha sicuramente goduto di una rilevanza internazionale e comparatistica nel descrivere i cambiamenti nel diritto penale sostanziale e processuale che ne sono derivati: l'ordinamento italiano può essere assunto, in questo senso, a caso paradigmatico di un'incessante ampliamento del raggio d'azione del diritto penale, le cui norme sono state interessate dall'introduzione di nuove fattispecie astratte di reato, di nuove regole processuali, di nuovi regimi di esecuzione della pena detentiva, e di nuove misure di prevenzione della criminalità alternative a quelle del procedimento penale.

Come un'ampia ragnatela, l'insieme progressivo di riforme che si considera sembra aver toccato qualunque momento di manifestazione della penalità, da quelli di

* Dottorando in diritto penale presso l'Università degli Studi di Milano.

natura sostanzialistica a quelli invece relativi al processo¹. Ed ha fatto emergere come mai prima d'ora non soltanto l'esigenza di un'analisi delle tecniche di incriminazione adoperate dal legislatore e applicate nella prassi giurisprudenziale, ormai caratterizzate da una marcata eterogeneità, ma soprattutto di un loro controllo di costituzionalità alla luce dei parametri consolidati e di quelli ancora in divenire, come quello di *proporzionalità*.

La presente trattazione si pone come un tentativo sommario di spiegare perché per la scienza penale, che ha visto il proprio interesse per il tema scemare progressivamente pur avendovi dedicato molta attenzione negli ultimi decenni, non sia ancora giunto il momento di abbandonare il dibattito sul diritto penale del nemico, ed in quale misura quest'ultimo possa essere recuperato. Ma anche perché, al contempo, per raggiungere un simile obiettivo sia necessario superare le teorie tradizionali sulla natura e i caratteri del diritto penale del nemico, nel tentativo di attribuire alla nozione un nuovo ruolo e una nuova vitalità.

Del resto, il nodo più problematico della categoria risulta da sempre la marcata indeterminatezza che la caratterizza. Il suo uso in letteratura nel descrivere determinati istituti penalistici evoca certamente evidenti suggestioni: richiama un'idea di diritto penale divergente rispetto ai principi consolidati del *garantismo penale*, che offre a coloro che si collocano al di fuori della cornice dei valori fondamentali della comunità organizzata un trattamento deteriore rispetto a quello ordinario²; manifesta la necessità dell'esclusione piuttosto che della reintegrazione, veicolando quell'esigenza di fermezza e di giustizia, e talvolta di *giustizialismo*, oggi così presente nel discorso politico e nei più comuni mezzi di informazione mediatica³; si esprime nel linguaggio

¹ Considerato, del resto, che in particolar modo nel sistema penale italiano si sono sempre “scaricati” i principali problemi economici sociali e le più ampie tendenze politiche e culturali del Paese, in un moto continuo per cui a questo vengono ricondotte di volta in volta le cause e le risposte alle questioni del tempo. Cfr. su questo M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti*, I, Giuffrè, 2009, pp. 598-599.

² Per una descrizione della nozione di garantismo in materia penale rispetto alle dinamiche giuridiche e politiche attuali, oggetto di una letteratura vastissima che soltanto in minima parte verrà menzionata all'interno di questa trattazione, si faccia riferimento ora a quanto riportato da L. FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, pp. 129-130, 138-139.

³ Quando si parla di giustizialismo si fa riferimento a quella posizione politica e giuridica che, privilegiando le ragioni della difesa della società dal crimine su quelle delle garanzie dell'imputato, sostiene la necessità di rendere più efficiente e rapido l'accertamento penale ed inasprire il trattamento sanzionatorio anche al costo di accettare forme di giustizia sommaria e minori certezze nel giudizio. Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 1-2.; E. R. BELFIORE, *I tempi della giustizia al tempo del giustizialismo*, in *Archivio penale*, 1, 2020.

bellicistico delle dichiarate “guerre” globali e nazionali al terrorismo, alla mafia, alla corruzione ed ai fenomeni criminosi più capaci di creare un senso di insicurezza nella popolazione⁴. Ma nonostante ciò, rimane difficile riuscire ad afferrare con sicurezza che cosa realmente si intenda quando ci si riferisce alla nozione di “nemico” nel diritto penale, quali e quanti significati possa veicolare, ed a che scopo sia effettivamente impiegata dalla dottrina.

2. Le teorie tradizionali ed i loro limiti

Il primo obiettivo è allora quello di dimostrare che, a differenza di quanto spesso affermato, quando in dottrina si discute di diritto penale del nemico si fa riferimento a due diverse ricostruzioni teoriche: quella del diritto penale del nemico come *sistema penale alternativo* e quella del diritto penale del nemico come *tecnica legislativa d’eccezione*.

La prima identifica i caratteri di “nemicalità” di un sistema penale nella previsione di un insieme di norme e di istituzioni penali radicalmente diverso per alcune specifiche categorie di autori di delitti, ed in particolare per coloro che l’ordinamento priva non soltanto degli stessi diritti e garanzie dei delinquenti comuni, dei “cittadini”, ma dello stesso *status* di “persone”, e verso i quali viene intrapresa una vera e propria guerra mediante gli strumenti del diritto penale.

La teoria trae i propri fondamenti, com’è noto, soprattutto dal pensiero del penalista tedesco Günter Jakobs, elaborato a partire dal 1999⁵. Diffusasi ben presto nel dibattito giuridico non solo in Germania ma in tutta Europa⁶, e spesso criticata proprio per i suoi contenuti fortemente contrari ai principi del garantismo penale, muove dall’idea che un sistema penale non debba necessariamente essere unitario e rivolgersi

⁴ Cfr. R. CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*, in *Criminalia*, 2017, pp. 233-234, 238-239; B. R. BARBER, *Fear’s Empire. War, Terrorism, and Democracy*, Norton & Company, 2003; D. L. ALTHEIDE, *Terrorism and the Politics of Fear*, AltaMira Press, 2006.

⁵ Anno in cui si è tenuto un importante convegno della scienza penalistica tedesca a Berlino, e nel quale Jakobs ha tenuto una relazione oggi riportata in G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Beck, 2000, p. 47 ss.

⁶ Un esempio di questo dibattito condotto a partire dal pensiero di Jakobs si può trovare in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, 2007; cfr. anche G. VASSALLI, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 24-25.

allo stesso modo nei confronti di qualunque individuo⁷. Al contrario, vi sarebbero precise ragioni giuridiche e filosofiche per trattare diversamente i cittadini, o *persone in Diritto*⁸ alle quali è possibile applicare tutte le garanzie e gli istituti tradizionalmente previsti dalla dogmatica penalistica, da coloro che in ragione del loro comportamento non possono più essere definiti tali: i *nemici*, soggetti ad un trattamento distinto da parte dello stato nella sua attività di repressione della criminalità⁹.

Da questa ricostruzione si può ricavare una categoria di nemico che è possibile definire *in senso forte*, per la sua capacità di veicolare in potenza il massimo grado di discriminazione del soggetto che la subisce e di richiamare una contrapposizione assoluta e ideologica tra coloro che, al contrario, sono ancora parte integrante dell'ordinamento giuridico. Se questi ultimi sono ancora destinatari di diritti ed obblighi in conformità alle norme vigenti, ai nemici non è possibile che condurre una lotta che solo formalmente si attua mediante gli strumenti del diritto penale, ma che in sostanza costituisce una forma vera e propria di guerra, il cui unico obiettivo è la neutralizzazione, se non addirittura l'eliminazione fisica, della controparte¹⁰. In quanto tale, una simile concezione non può che trovare un limite radicale nei fondamenti costituzionali del diritto penale italiano.

La seconda teoria, invece, riconduce la nozione ai casi in cui si applicano all'interno di uno stesso sistema ed in ragione di una logica di emergenza deroghe ai principi del garantismo penale, ovvero quelle regole sostanziali e processuali mutuata dal linguaggio della tradizione del *diritto penale politico* e tese a realizzare, per quanto in misura ridotta, una simile logica di "nemicalizzazione".

Tale diversa concettualizzazione è quella individuabile nella dottrina penalistica italiana. L'affinità tra le due teorie sussiste nella misura in cui entrambe fanno riferimento alla categoria del nemico nel diritto penale, e lo fanno sostenendo che vi sia – o vi debba essere – una differenza sostanziale tra il trattamento di quest'ultimo e quello del cittadino comune che delinque. Nondimeno, mentre la prima esclude in radice la possibilità di un dialogo con chi possiede questa qualifica, la seconda non postula una contrapposizione così radicale. Non vi sono veri e propri nemici in senso assoluto e ideologico nell'ordinamento. Vi sono al contrario – oltre ai nemici *esterni* tipicamente

⁷ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 5-28.

⁸ Espressione utilizzata da Jakobs stesso in G. JAKOBS, *La pena statale: significato e finalità*, Editoriale Scientifica, 2019.

⁹ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 7.

¹⁰ Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 697 ss.

presenti nel diritto penale bellico – nemici *interni* destinatari del cosiddetto *diritto penale politico*, che tradizionalmente si caratterizza per una disciplina alternativa rispetto a quella ordinaria, di natura meno garantista¹¹.

Queste forme di discriminazione e di riduzione di garanzie sono legate alla tradizione storica dei processi di criminalizzazione del delinquente politico, conosciuti fin dal diritto romano¹², che nel mondo contemporaneo sembrano godere di una rinnovata vitalità. Nonostante le numerose vicissitudini storiche che ha conosciuto la categoria, infatti, il diritto penale politico presenta tuttora dei caratteri peculiari che lo contraddistinguono nettamente da quello comune: l'alterazione della struttura del fatto tipico dei reati che ne sono oggetto, attraverso l'uso di un linguaggio indeterminato, la strutturazione della fattispecie intorno al *tipo d'autore* piuttosto che al *fatto* e la marcata anticipazione della tutela penale; il ricorso ad un apparato sanzionatorio più intenso, che non si esprime soltanto in un aggravamento delle sanzioni edittali ma in forme di esecuzione detentiva meno aperte a flessibilizzazioni premiali e più incentrate sulla neutralizzazione che sulla rieducazione; l'attribuzione ad indagati ed imputati di minori garanzie processuali, sulla scorta di una diversa concezione del fine della giustizia penale, che lo identifica più nella lotta alla *devianza* penale e agli avversari della comunità politica piuttosto che nell'accertamento imparziale e meno lesivo possibile dell'*infrazione*; la sua progressiva estensione attraverso i due movimenti di creazione di nuove fattispecie mediante *criminalizzazione primaria* o *secondaria*¹³.

¹¹ Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa University Press, 2014, p. 8 ss.

¹² La dottrina del delitto politico trae le proprie origini dall'antico istituto del *crimen laesae maiestatis*, introdotto nel diritto romano con la *Lex Julia de maiestate* e divenuto ben presto lo strumento di criminalizzazione del delinquente "politico", ovvero il soggetto che attraverso le proprie condotte arreca un danno non ad un diritto del cittadino ma alla comunità politica nel suo complesso.

¹³ Sono caratteri ancora presenti nel diritto contemporaneo, ma che nascono non a caso proprio in questa tradizione storica. *In primis* per ragioni pragmatiche, per colpire i nemici dello Stato prima ancora che siano nelle condizioni di minarne l'incolumità. Ma, secondariamente, perché è proprio in esse che si manifesta il senso stesso dell'intero diritto politico: dal momento che si intende colpire la fazione in lotta con quella al potere, l'obiettivo è individuarla e neutralizzarla prima ancora che scoppi un conflitto civile e sia necessario ricorrere alle armi, e dunque sostituire gli strumenti della guerra con quelli del diritto. Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 133 ss.; ID., *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, in J. AGNOLI, C. AMIRANTE ET AL., *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Sapere 2000, 1984, p. 169 ss.; M. DONINI, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 2004, pp. 1706-1708; ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a neutralizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2, 2007, pp. 55 ss., pp. 74 ss.; ID., *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Terrorismo e diritto penale*, 2016, p. 113; ID., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., p. 735 ss., 741 ss.;

Esiste, allora, una teoria del diritto penale del nemico che identifica in vaste porzioni dell'ordinamento italiano questi stessi tratti, che ricostruisce a partire dalla tradizione del diritto penale politico una peculiare figura di nemico e la identifica anche in altri autori di reato. Il veicolo di questa assimilazione è ancora una volta l'espedito dell'emergenza, della necessità di far fronte ad un pericolo di eccezionale misura, da cui discende la necessità di applicare lo stesso trattamento: un regime eccezionale di diritto sia sostanziale che processuale, finalizzato ad accrescere la capacità preventiva dell'ordinamento e dunque la "forza" della risposta punitiva¹⁴.

In questo senso, quello oggetto di questa seconda teoria è invece il nemico *in senso debole*. Nella misura in cui l'antagonismo che si instaura tra l'ordinamento e il soggetto cui viene attribuito tale *status* non è *totalmente* ideologico e dunque *assoluto* – nel duplice senso etimologico in cui esprime al massimo la propria natura ed è "sciolto" da ogni vincolo – ma *parzialmente* ideologico e *relativo*¹⁵. La specialità del trattamento di questi autori di reato non trova cioè fondamento unicamente nell'avversità degli stessi rispetto alla stabilità e ai valori della comunità politica. Al contrario, si fonda *anche* su un pericolo individuale che può essere apprezzato, per quanto sia difficile valutare se sia un rischio più per singoli beni giuridici individuali, più conformemente ai principi del garantismo penale, o più per l'interesse statale.

Tuttavia, il fatto che il ricorso alle leggi di eccezione non abbia comportato la costruzione di un vero e proprio sistema alternativo a quello comune non implica che i suoi risultati concreti non possano rivelarsi controversi rispetto ai principi di fondo del garantismo penale. Le suddette riforme, responsabili di un deciso riorientamento del sistema verso finalità di prevenzione speciale e di tutela dello Stato nel suo complesso, per quanto non facciano applicazione della teoria di Jakobs, potrebbero nondimeno presentare numerosi punti di conflitto con i presupposti anche costituzionali dell'esercizio del potere punitivo¹⁶.

ID., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI E R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 666 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Giappichelli, 2008, p. 13 ss., 25 ss.

¹⁴ Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 331 ss.

¹⁵ Cfr. G. DE VERO, *L'ambigua connotazione nemicale della criminalità di stampo mafioso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 1034 ss.

¹⁶ Cfr. E. ZUFFADA, *La prevenzione personale ante delictum: alla ricerca di un fondamento costituzionale*, in *Criminalia*, 2021; M. PELISSERO, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 1, 2018; A. CAVALIERE, *Il contrasto del terrorismo tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2017; D. VALITUTTI, *Il reato associativo come diritto penale*

Di fronte a questo rischio, la seconda concezione di diritto penale del nemico risulta poco utile. Non essendo altro che l'espedito nominalistico utilizzato per descrivere la repressione di certi reati nelle forme "politiche" del diritto penale, una tecnica storicamente presente all'interno del diritto penale, e sopravvissuta all'instaurazione dell'ordinamento repubblicano, è possibile domandarsi allora oltre al significato certamente immaginifico della nozione che cosa possa aggiungere concretamente al discorso penalistico il concetto di diritto penale del nemico. Al di là del mero valore *descrittivo* che può assumere nel connettere l'esperienza della contemporaneità alla tradizione storica della repressione del criminale politico, rimane da chiedersi cioè se possa effettivamente avere un significato nel circoscrivere aree del sistema penale italiano nelle quali l'eccezionalità non possa ritenersi legittima. Occorre, dunque, domandarsi se, una volta esclusa l'ammissibilità del nemico nell'accezione "forte", quella "debole" possa avere ancora una qualche funzione critica degli istituti vigenti.

3. Il rapporto di proporzionalità tra reato e pena in senso ampio

L'idea alla base del presente elaborato è che una simile funzione potrebbe continuare a sussistere soltanto qualora la nozione di "nemico" venisse riformata, e divenisse capace di individuare i casi limite in cui l'applicazione della tecnica legislativa d'eccezione, che non ha ad oggetto nemici ma autori pericolosi, provoca di fatto l'assimilazione di questi ultimi al paradigma di Jakobs.

Prima di tutto, allora, è necessario definire il perimetro all'interno del quale si può svolgere la suddetta analisi. Se si volge il proprio sguardo soltanto alla legge penale, sostanziale o processuale che sia, si rischia infatti di dimenticare l'annosa questione dei confini di esercizio dello *ius puniendi*, e di quella che da tempo la scienza giuridica definisce *materia penale*¹⁷.

Il punto di partenza di questa analisi è dunque una concezione *funzionalista* del diritto penale: il potere punitivo, come ogni altra facoltà attribuita allo Stato di incidere sulle posizioni soggettive degli individui, deve rispondere ad un fine, che quando

del nemico: problemi e prospettive giusfilosofiche, in *Politica del diritto*, 1-2, 2016; F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2017, p. 133 ss.

¹⁷ La definizione di quest'ultima nel diritto costituzionale italiano, del resto, non ha in realtà ancora trovato una risposta univoca, con le conseguenze di incertezza applicativa dei principi del garantismo penale che ne derivano. Cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, pp. 1-2.

la pena incide sui diritti fondamentali della persona dev'essere quello di tutelare diritti di pari grado. Non è necessario definire il contenuto sostanziale della materia penale al fine di decidere *se* riconnettere o meno ad una fattispecie le garanzie penali: piuttosto, è sufficiente affermare che queste ultime *debbano* essere applicate ogniqualvolta si pregiudichino i diritti fondamentali dell'individuo, a prescindere dalla definizione formale offerta dalla legge, e viceversa. Si prendono in considerazione soltanto i casi in cui si applicano sanzioni capaci di incidere su diritti inviolabili, e solo a queste si circoscrive il campo di applicazione del paradigma garantista¹⁸.

È a partire da questo assunto che si può affrontare allora la questione centrale, quella della possibilità di valutare la rispondenza dei singoli istituti penalistici alla finalità generale che si è descritta. È plausibile, infatti, che soltanto attraverso l'analisi del rapporto tra mezzi e fini sia possibile comprendere, al di là di eventuali formalismi, se l'ordinamento nel suo complesso tenda effettivamente alla tutela dei diritti individuali, in un'ottica *minimalista* del potere punitivo, o al contrario al mantenimento e rafforzamento dell'organizzazione politica di riferimento, coerentemente con la teoria *massimalista* di cui il diritto penale del nemico è una possibile espressione.

Le tesi che si vogliono sostenere sono a tal proposito plurime ma consequenziali: (i) che in un sistema penale, il quale per sua natura non può non avere degli scopi e dei presupposti, sia sempre possibile sindacare l'idoneità dei mezzi adoperati rispetto ai fini; (ii) che nel sistema italiano, informato a finalità ben precise ricavabili dalla teoria liberale e personalistica che la Costituzione incorpora, questo rapporto possa essere valutato dal giudice delle leggi in virtù del principio costituzionale di *proporzionalità*; (iii) che ogni qual volta l'ordinamento appresta in materia penale mezzi eccessivi rispetto al fine, o almeno quando la sproporzione raggiunge un certo stadio di gravità, debba riconoscersi che l'autorità politica sta perseguendo illegittimamente uno scopo di conservazione *tout court* dello Stato di fronte ai soggetti che lo minacciano, anche a costo di sacrificarne irragionevolmente e sproporzionatamente i diritti

¹⁸ Sul tema dei confini della materia penale *ivi*, p. 201 ss.; cfr. anche F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 20 ss.; V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste – Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017, p. 28 ss.; M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit., p. 594 ss.; T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nella "Età della decodificazione"*, in *La questione criminale*, VII, 1981, p. 91; S. LUPO, *Lo sguardo dello storico*, in G. FIANDACA, S. LUPO, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Laterza, 2014, p. 10; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Giuffrè, 2016, pp. 371-373.

fondamentali. Nella teoria qui proposta, come si vedrà, è quando quest'ultima condizione si verifica che all'interno dell'ordinamento sono presenti i tratti di un diritto penale del nemico.

L'ordinamento italiano è, dal punto di vista degli assunti di principio che lo fondano, il risultato del processo di evoluzione garantistica degli Stati contemporanei che ha determinato il progressivo riconoscimento della *dignità* dell'individuo e della necessità per garantirne piena realizzazione della protezione dei beni essenziali attraverso i quali questo si esprime¹⁹, e della natura strumentale di ogni organizzazione politica: la conservazione dell'ordinamento è certamente in quest'ottica una condizione essenziale per il "bene" collettivo, ma lo è soltanto nella misura in cui è lo strumento imprescindibile per proteggere i diritti fondamentali²⁰. Per questo, la prima tesi proposta è probabilmente la più semplice da sostenere: il diritto penale, in quanto artificio umano, è uno strumento votato ad uno scopo, e di conseguenza dev'essere sempre possibile giudicare la "ragionevolezza" di questo schema, sindacare i singoli istituti per valutare se questi rispondano ancora a quella ragione che li vuole mezzi per un fine.

Domanda più complessa è invece se questo possa avvenire anche formalmente nell'ordinamento italiano, all'interno delle corti o di quella che è chiamata a giudicare in via generale la legittimità di ogni norma giuridica rispetto ai principi fondamentali dello Stato. Su questo piano, non mancano le argomentazioni a favore dell'esistenza di un principio generale di proporzionalità che pervade l'intero campo dell'intervento pubblico sulla vita dei cittadini, e che di conseguenza non può non riguardare anche la materia penale²¹, sulla base del richiamo costituzionale alla "pari dignità sociale" dei cittadini di fronte alla legge, che sembra richiedere un certo grado di "responsabilizzazione" dei pubblici poteri nel dirimere i conflitti tra interessi²², o più nello specifico

¹⁹ Cfr. G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Editoriale Scientifica, 2018, p. 251 ss.; G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, 2004, p. 27 ss.

²⁰ È insito, cioè, nel principio dello *Stato di diritto* (o *Rechtsstaatsprinzip* nella dottrina tedesca che ha introdotto la nozione) che il potere pubblico possa comprimere la libertà personale dei cittadini soltanto in funzione della tutela di pubblici interessi; cfr. G. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Duncker & Humblot, 1998, p. 80 ss.

²¹ Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2006, n. 2087 con nota di D. U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1107 ss.; Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2017, n. 746.

²² Nel prendere posizione sui diritti dei singoli che sono tenuti a riconoscere e garantire non possono operare quelle discriminazioni che discenderebbero dal sacrificare i beni degli uni a vantaggio di quelli di altri senza alcuna giustificazione. Sono tenuti al contrario a trattare i casi uguali in modo uguale. È

al principio di offensività, che impone un vincolo all'oggetto delle incriminazioni²³.

La sanzione diviene così il ponte tra la struttura dell'illecito e la proporzionalità: perché è essa stessa il mezzo introdotto per tutelare i diritti individuali. Affermare dunque che non può esserci reato, e quindi pena, senza offesa significa sostenere che il mezzo del sacrificio dei diritti del reo non sia giustificato se non in quanto volto a garantire i diritti della vittima o della collettività. Significa stabilire un rapporto di ragionevolezza tra l'incriminazione nel suo complesso ed il suo scopo, tra "male" della pena e "bene" della prevenzione, tra difesa e offesa del soggetto che subisce il potere punitivo²⁴.

La natura inviolabile dei diritti coinvolti determina, inoltre, un rapporto di proporzionalità particolarmente stringente, che è quello della concezione *tripartita*: non è sufficiente che la misura che si appresta per tutelare un certo bene sia *adeguata* allo scopo, e che quindi produca effettivamente un risultato positivo in tal senso; ma è altresì richiesto che il mezzo, quando si sostanzia nella compressione a sua volta di un diritto inviolabile, sia *necessario* a raggiungere il fine²⁵, in un'ottica quindi anche di sussidiarietà dello strumento impiegato, e *proporzionale in senso stretto*, affinché il male strumentale non sia comunque superiore al beneficio perseguito²⁶. Dalla

la stessa Corte costituzionale, infatti, a ritenere il principio di proporzionalità il confine attraverso il quale stabilire se l'azione pubblica travalichi o meno il principio di uguaglianza sostanziale. Cfr. C. cost., 11 febbraio 2016, n. 23; C. cost., 20 luglio 2016, n. 192.

²³ Cfr. G. RUGGIERO, *La proporzionalità*, cit., p. 109; G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela*, cit., p. 45 ss. Va inoltre considerata l'importanza ai fini di questa ricostruzione del principio rieducativo, ex art. 27, terzo comma, Cost. Cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, p. 61 ss.; Corte Cost., Sent. n. 313 del 1990; n. 343 del 1993; n. 168 del 1994; n. 341 del 1994; n. 68 del 2012; n. 236 del 2016; n. 149 del 2018; n. 40 del 2019.

²⁴ Cfr. T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 799 ss.; J. C. CARBONELL MATEU, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 29; A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 36.

²⁵ Cfr. R. ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 724, che a sua volta si basa sulla giurisprudenza tedesca: cfr. M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, *Verhältnismäßigkeit: zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Mohr Siebeck, 2015; D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 3 ss.; cfr. anche V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Giappichelli, 2023, p. 13.

²⁶ Cfr. R. ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici?*, cit., p. 725; G. RUGGIERO, *La proporzionalità*, cit., p. 108, che sul punto menziona la dottrina tedesca: J. BAUMANN, U. WEBER, W. MITSCH, J. EISELE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Gieseking, 2016, p. 29; J. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Nomos, 2014, p. 193 ss.; C. PRITTWITZ, *Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?*, in *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Springer, 1995, p. 387; M. BUNZEL, *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des*

combinazione tra la funzione dei diritti inviolabili e i principi menzionati è quindi possibile ricavare un vincolo di proporzionalità applicabile anche all'ambito peculiare del diritto penale, potenziale parametro del sindacato costituzionale sulla legittimità delle incriminazioni.

Un rapporto di proporzionalità siffatto non può limitarsi alla fattispecie codicistica, ma deve considerare tutte le garanzie penali, sia sostanziali che processuali, che incidono sulla "gravità" complessiva di ogni misura di natura penale adottata. Più il legislatore accresce l'estensione e la portata della penalità, più sarà onerato di dimostrarne l'idoneità, necessarietà e proporzionalità alle esigenze dettate dalla tutela dei diritti: è il concetto che qui si vuole sostenere di una *concezione estensiva della proporzionalità tra reato e pena*: ad essere rilevante non è la sanzione edittale in sé, ma la complessiva *tecnica di tutela* che il legislatore adopera per risolvere un certo conflitto di interessi e reprimere l'illecito che ne deriva. In quest'ottica, particolari semplificazioni processuali o più ingenti oneri penitenziari sono, al pari della pena astratta, parte della scelta punitiva.

Ad integrare il ragionamento appena svolto possono intervenire poi ulteriori considerazioni. La prima è legata al tema dell'emergenza, già citato in riferimento alle numerose riforme del codice penale e di procedura penale, così come del codice delle leggi antimafia, il cui presupposto è che le circostanze storiche, politiche ed economiche che determinano la vita organizzata possano mutare, e che determinati cambiamenti siano in grado di mettere a rischio i presupposti sui quali quest'ultima si fonda²⁷.

Le vicende dell'Italia repubblicana degli ultimi decenni sono state interpretate come una vera e propria emergenza continua, e non si può certamente pretendere che non ne siano mai esistiti i presupposti. Tuttavia, questa forma di ragionamento politico va interpretato alla luce di una mutata visione dei rapporti tra Stato e individuo. Dev'essere calato, cioè, nel discorso intrapreso sul principio di proporzionalità: se si adotta il punto di vista per cui il fine è sempre la tutela dei diritti e delle libertà dell'individuo, e che l'ordinamento rimane uno strumento per questo fine, l'emergenza dev'essere intesa come l'insieme di quei fattori che per un determinato periodo di tempo fanno propendere più dal lato del pericolo la bilancia dell'intervento pubblico, e rendono gli strumenti ordinari di tutela insufficienti rispetto al fine.

Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft, in R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Mohr Siebeck, 2003, p. 96 ss.; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, p. 60 ss.

²⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, pp. 844-847.

Le condizioni di validità delle misure adottate durante la crisi, da quelle più antiche a quelle contemporanee, sono probabilmente due: che l'emergenza effettivamente sussista in quanto situazione di rischio estremo e patologico per lo *status quo*, nella quale i rimedi ordinari non sono sufficienti, e che una volta ripristinata la normalità tutte le misure che si giustificavano sulla base dell'emergenza debbano cessare di esistere²⁸. Si possono compiere allora due osservazioni: la prima, è che se si ritiene l'emergenza empiricamente riscontrabile, debba essere possibile valutarne in concreto l'esistenza e la portata al fine di stabilirne le specifiche circostanze fattuali, ed escluderne dunque un'estensione senza confini. La seconda, invece, è che contribuendo a costruire la bilancia della proporzionalità la logica dell'emergenza debba poter essere oggetto del giudizio di costituzionalità. Nel sindacare le scelte legislative, quindi, la Corte costituzionale dovrebbe poter discutere dello stato di crisi come giustificazione di strumenti di tutela più restrittivi e giungere a diverse conclusioni, positive o negative rispetto alla legittimità delle deroghe emergenziali approvate dal legislatore²⁹.

In secondo luogo, a queste considerazioni di natura *ontologica e teleologica* è necessario, seppur brevemente, collegare l'ulteriore dimensione nella quale questo giudizio si esplica, quella *epistemologica*. I principi che vi fanno riferimento, come quelli di legalità, materialità, determinatezza, giurisdizionalità, a sua volta da declinare anche nei principi accusatorio, dell'onere della prova e del contraddittorio, non sono infatti strettamente legati alla natura o alla funzione della pena. Non ineriscono cioè

²⁸ È la stessa Convenzione EDU, del resto, a prevedere all'art. 15, co. 1, che «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale».

²⁹ Può argomentare in vario modo: sostenendo che l'emergenza non sussiste o che non si estende ad un determinato ambito, e che di conseguenza la misura o la fattispecie in esame non è legittima; adottando una simile posizione critica nei confronti dell'emergenza, ma affermando al contempo che nonostante ciò la scelta sia comunque ragionevole, perché lo sarebbe anche in condizioni ordinarie; argomentando a favore dell'esistenza dello stato di crisi, e affermando allo stesso modo che una legge è legittima o che non lo è comunque, perché predispone mezzi comunque eccessivi anche rispetto all'emergenza; o infine motivando il suo giudizio negativo o positivo di costituzionalità affermando rispettivamente che l'emergenza esisteva, ma che essendo ormai terminata la risposta eccezionale deve parimenti cessare, o che a prescindere, essendo giustificata anche ordinariamente, essa possa continuare ad esistere. L'ultima forma di motivazione, in particolare, può rivelarsi la più innovativa. Perché relativizzando certe porzioni di diritto, implica la possibilità del giudice delle leggi di cambiare formalmente opinione di fronte ad una stessa disposizione. Affermata una prima volta la compatibilità con il sistema alla luce dell'emergenza, ai legittimati a ricorrere deve rimanere la facoltà di risollevarne la stessa identica questione sostenendo che le mutate condizioni di fatto richiedono una soluzione giuridica diversa.

solo alla sostanza o alla direzione del diritto penale né servono unicamente a valutare la legittimità dei singoli istituti o fatti tipici, ma possono essere interpretati anche come la sua *base epistemologica o di verità*. Contribuiscono a costruire una verità processuale dettando le condizioni a partire delle quali è possibile predicare la fondatezza e la validità del sistema nel suo complesso alla luce delle funzioni che in astratto persegue, e costituiscono in questo senso il presupposto del sindacato sulla capacità effettiva del sistema di raggiungere i propri obiettivi ricorrendo solo e soltanto ai mezzi prestabiliti, senza distorcerli, sostituirli o renderli ineffettivi³⁰.

La base epistemologica può anche variare notevolmente tra un dato potere pubblico e un altro: in ambito penale, la legalità consente l'esercizio del potere soltanto su fattispecie precise, determinate e materialmente apprezzabili, e attraverso un procedimento che si svolge nel contraddittorio pieno, in condizioni di totale separazione tra chi decide e le altre parti e con una regola di giudizio particolarmente onerosa. L'intensità dell'onere di legalità che l'autorità pubblica è tenuta a rispettare, e quindi lo "spessore" della base epistemologica, dev'essere dunque direttamente proporzionale al valore degli interessi in gioco ed al vigore dei limiti di ragionevolezza prescritti. Se si riduce il canone della verità processuale, non è più possibile valutare la corrispondenza tra le incriminazioni legislative ed i limiti costituzionali all'estensione della materia penale, così come non si può impedire che queste vengano applicate in concreto in modo distorto rispetto al corrispondente modello astratto di reato³¹. E le affermazioni fatte in precedenza a proposito della sostanzialità e della proporzionalità perdono la loro effettività.

³⁰ Il discorso intorno alla verità processuale e i suoi presupposti sostanziali assume così una dimensione ulteriore di limite garantista all'esercizio del potere pubblico, ed in particolare di quello che si esprime secondo le norme del diritto penale. A maggior ragione perché in questo ambito il potere è tradizionalmente meno limitato e più *discrezionale*. Anche nel diritto amministrativo si è sviluppato quell'insieme di argini che si è soliti ricondurre alla legalità e alla cosiddetta *judicial review* dei provvedimenti amministrativi: nella misura in cui anche in questo campo si è posto storicamente il problema di come fondare, limitare e controllare le invasioni pubbliche dei diritti individuali. Cfr. D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2017, p. 152 ss.; V. MANES, *Introduzione*, cit., p. 36 ss.; F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, 1997, p. 16 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 1999, p. 81 ss.

³¹ Cfr. P. FERRUA, *Diritto penale minimo e processo accusatorio*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, 2002, pp. 204-205.

4. La nuova possibile teoria di diritto penale del nemico come deviazione dal rapporto di proporzionalità

In conclusione, è da queste ultime considerazioni che si intende offrire gli spunti per una possibile definizione alternativa di diritto penale del nemico, che non includa indiscriminatamente qualunque evoluzione in senso repressivo dei sistemi penali contemporanei ma possa fungere da filtro in concreto della loro compatibilità con i principi esposti, nell'ordinamento italiano come altrove.

Nella ricostruzione che qui si propone, è il superamento dei confini costituzionali della ragionevolezza³² nei termini ampi in cui è stata declinata in precedenza il potenziale ambito di riconoscimento del diritto penale del nemico. Quest'ultima, infatti, rivela l'apertura del legislatore ad interessi ulteriori rispetto a quelli strettamente liberali e personalistici ed il riorientamento del sistema penale verso l'obiettivo della repressione *tout court* dei pericoli per lo Stato. L'assenza di proporzionalità, soprattutto quando raggiunge un certo livello di gravità, è il sintomo che l'ordinamento di fronte a certi soggetti rifiuta il riconoscimento della dignità umana e ragiona nei termini per cui *in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem jura transgredi licet*, e qualsiasi mezzo è ammesso pur di sopraffare il "nemico"³³.

Il fatto che il ricorso a misure legislative emergenziali accentui i connotati preventivi dell'ordinamento non è di per sé dirimente. Fintantoché il suddetto paradigma è rispettato, è ancora possibile affermare che il diritto penale costituisce uno strumento di protezione dei diritti e delle libertà fondato sullo Stato di diritto, pur esprimendosi in forme quantitativamente più afflittive. È quando ciò non accade che, come si ritiene, il potere pubblico oltrepassa i confini della legittimità ed emerge il nemico. Soltanto quando gli istituti penalistici divergono dal modello funzionalista e di proporzionalità, in concreto o già in astratto, il fine dell'intervento punitivo non è più prevenire un particolare pericolo per i beni fondamentali attraverso un trattamento

³² I casi in cui questo può avvenire sono molteplici: può accadere la situazione più semplice in cui lo schema mezzi-fini sia completamente rispettato, ma gli strumenti impiegati siano sproporzionati rispetto all'esigenza di tutela; può verificarsi il caso in cui formalmente vi sia la giustificazione della tutela di un bene costituzionale, ma la misura predisposta sia talmente sproporzionata da ingenerare l'idea che questa sia soltanto la copertura adoperata per perseguire uno scopo diverso; oppure ancora, può mancare completamente il riferimento al fine ultimo della norma penale o, più realisticamente, questo può essere esplicitamente diverso da quello necessitato dal testo costituzionale. G. RUGGIERO, *La proporzionalità*, cit., pp. 114-115.

³³ Cfr. M. DONINI, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali*, cit., p. 86 ss.

eccezionale e meno garantito, ma reprimere le minacce alla conservazione dell'organizzazione politica e dei suoi valori in quanto tali. Il tipo d'autore che caratterizza gli istituti emergenziali non è più il soggetto la cui pericolosità può essere oggettivamente apprezzata, ma colui che contraddice le fondamenta politiche – nel senso ideologico, assiologico o di potere – dello Stato³⁴.

Per quanto l'unica forma di “nemico” teoricamente ammissibile nell'ordinamento italiano sia quella “debole”, quella del conflitto e dell'uso di strumenti “di lotta” senza che si determini la negazione radicale del valore personalistico dell'individuo, vi possono essere casi nei quali la qualità di nemico di simili autori sembra strutturarsi secondo una valenza “forte”, che oltrepassa i confini dettati dalla proporzionalità. Il conflitto tra la comunità e il soggetto da neutralizzare assume i connotati che si sono ricondotti alla teoria di Jakobs: quelli di uno scontro radicale e assoluto, che non dipende dal grado di rischio per i diritti individuali o collettivi ma unicamente da quanto il secondo è capace di contraddire l'identità del primo.

Se un diritto penale del nemico siffatto non può ritenersi legittimo, è a maggior ragione necessario possedere gli strumenti per riconoscerlo: per cogliere quelle situazioni in cui lo Stato adotta una logica di guerra assoluta contro il nemico, disconoscendone il valore di persona e ammettendo la possibilità di negarne i diritti in qualunque misura in nome della conservazione *tout court* della sua personalità morale e politica o della sua stessa esistenza. Se la deviazione dal modello garantista si giustifica in quanto proporzionale alle diverse esigenze del caso concreto, vi è un limite oltre il quale essa è puramente simbolica, ideologica: in una parola, nel senso schmittiano del termine, *politica*.

5. Alcuni tentativi di applicazione pratica

Posta questa nuova possibile nozione di nemico nel diritto penale, potrebbe essere interessante un tentativo di applicazione della nuova categoria nell'ordinamento italiano, riferimento primario di tutta la ricerca. Se fosse effettivamente possibile riconoscerci un nemico così come qui descritto, e giungere alla conclusione che in determinati casi il potere punitivo oltrepassa i limiti di legittimità costituzionalmente

³⁴ Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., pp. 707-708, che come Padovani identifica una accezione di “nemico” intermedia tra quella “debole” e quella di Jakobs, che non nega esplicitamente la qualità di persona del destinatario della repressione penale ma raggiunge gli stessi risultati attraverso modalità più surrettizie.

imposti, si potrebbe concludere che la teoria del diritto penale del nemico in questa nuova configurazione può ancora assumere un ruolo descrittivo e critico rispetto agli istituti vigenti, contribuendo così agli studi della scienza penale. Potrebbe vantare un valore pratico, oltre che meramente teorico.

Una prima tendenza da esaminare potrebbe essere ad esempio l'emersione nel sistema penale italiano di reati che puniscono condotte meno offensive o meramente preparatorie, nei quali si verifica un'anticipazione della tutela penale. Rispetto all'ampio sistema di delitti che afferiscono alla criminalità mafiosa, terroristica ed eversiva, che ne costituisce il caso paradigmatico, la realtà contemporanea può realmente dimostrare, entro certi limiti, quanto le normali tecniche di repressione penale non siano sufficienti, e dunque la proporzionalità della risposta penale che comunemente ne deriva³⁵. Maggiori criticità, semmai, possono derivare dal trattamento sanzionatorio a livello edittale, passibile di essere giudicato manifestamente sproporzionato rispetto alla natura preparatoria delle condotte punite e dunque determinato più da qualificazioni soggettive che dal fatto³⁶.

Tuttavia, lo stesso non può dirsi per le fattispecie che riflettono una logica preventiva senza essere giustificate dalla peculiare pericolosità sociale dei soggetti che le integrano³⁷. È il caso, ad esempio, degli ambiti della criminalità corruttiva e sessuale.

³⁵ Anche perché l'accordo che dà vita all'associazione mafiosa non è semplicemente diretto a commettere delitti, ma anche altre tipologie di fatti che, come si è detto, non costituirebbero di per sé un illecito se non in quanto espressione dell'associazione stessa. La tensione criminale tra l'associazione a delinquere "moderna" e il reato è così forte da caricare il "mero accordo" di un disvalore e di una pericolosità tutta peculiare: entrare a far parte di un sodalizio mafioso, terroristico o eversivo non rappresenta in questo senso soltanto una comunione di intenti rivolta alla commissione di determinati delitti, ma l'assunzione di un ruolo stabile e organico in una collettività che mira a scopi più ampi, dal monopolio del traffico di un bene illecito all'intero scardinamento del sistema politico. Cfr. B. ROMANO, *L'associazione di tipo mafioso nel sistema di contrasto alla criminalità organizzata*, in ID. (a cura di), *Le associazioni*, cit., pp. 14-15; G. CARUSO, *Struttura e portata applicativa dell'associazione di tipo mafioso*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Utet, 2015, p. 53; M. DONINI, *Lo status di terrorista*, cit., p. 102 ss.

³⁶ Cfr. G. CARUSO, *Struttura e portata*, cit., p. 53. Un modo simile di ragionare è riscontrabile ad esempio ancora in C. cost., 11 febbraio 2016, n. 23 e nella già citata sentenza n. 341 del 1994. Cfr. anche E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1655; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 418.

³⁷ Si intende qui *pericolosità sociale* non nella tradizionale accezione utilizzata ad esempio nell'ambito delle misure di sicurezza della probabilità del verificarsi di ulteriori reati, ma del rischio di lesione per i beni giuridici a tutela dei quali le norme incriminatrici di riferimento sono previste. Sul concetto di *pericolosità* che qui adopera cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, 2008, p. 26 ss.; A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Giappichelli, 2017, p. 1 ss.; P. MARCHETTI, *Le sentinelle del male. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*,

Di fronte a questi due fenomeni, invero connotati da un evidente e profondo disvalore per la sensibilità contemporanea, che aspira ad attribuire un rilievo primario all'integrità dei soggetti pubblici e della libertà sessuale e di autodeterminazione, non è sempre possibile riscontrare i sintomi di una pericolosità particolarmente intensa³⁸.

I suddetti interventi si giustificano infatti sulla base di una logica diversa dalla semplice prevenzione: quella del già menzionato *populismo penale* e del *punitivismo simbolico* che ne deriva³⁹. Lo spettro del "corrotto" o dello "stupratore", agitato di fronte all'opinione pubblica, è in questo senso sufficiente a garantire supporto a restrizioni delle libertà personali sempre maggiori, anche quando queste non sono proporzionate ad una particolare pericolosità quanto piuttosto alla soddisfazione del senso di giustizia della popolazione, disposta ad accettare con favore interventi coercitivi molto maggiori⁴⁰.

Tali considerazioni risultano ancora più rilevanti, del resto, se si ricorda che la distinzione tra categorie di reato ad alta pericolosità, nelle quali la capacità a delinquere individuale sfuma sullo sfondo della plurisoggettività, e quelle invece la cui considerazione può essere dettata da esigenze simboliche, non è confinata al diritto sostanziale, ma si rinviene anche in molti altri ambiti, dalle misure di prevenzione ai regimi speciali di esecuzione della pena detentiva⁴¹.

in *Quad. fior.*, XXXVIII, 2009, p. 1025; M. FOUCAULT, *L'evoluzione della nozione di individuo pericoloso nella psichiatria legale del XIX secolo*, in A. PANDOLFI (a cura di), *Archivio Foucault*, III, Feltrinelli, 1997, p. 51; G. CAMPESI, *L'individuo pericoloso. Saperi criminologici e sistema penale nell'opera di Michel Foucault*, in *Mat. st. pens. giur.*, 2007, p. 121; G. B. TRAVERSO, *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 1045.

³⁸ Cfr. V. MONGILLO, *op. cit.*, pp. 974-980; A. M. MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 964; F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 710 ss.

³⁹ Cfr. M. CANCIO MELIÁ, *"Diritto penale" del nemico?*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, cit., p. 72 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 38.

⁴⁰ Cfr. A. M. MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, cit., pp. 914-915.

⁴¹ Negli ambiti di competenza delle misure di prevenzione dopo l'introduzione del nuovo codice delle leggi antimafia, così come in quelli degli articoli 4 *bis* e 41 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario e di altre norme di tipo processuale, si ravvisa quel fenomeno di ampliamento progressivo: con i delitti contro la pubblica amministrazione (*ex artt.* 314, co. 1, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 e 322 *bis*, c.p., indicati come requisiti se sussistenti come fine di un'organizzazione *ex art.* 416 c.p. delle misure di prevenzione personali *ex art.* 4, co. 1, lett. i-*bis*, c.a.); i reati a sfondo sessuale (*ex artt.* 600 *bis*, co. 1, 600 *ter*, co. 1-2, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies*, 609 *undecies* c.p., indicati come requisiti dei regimi speciali *ex art.* 4 *bis* o.p.); gravi delitti contro la persona (*ex artt.* 583 *quinquies*, 600, 601, 602, 630 c.p., indicati come requisiti dei regimi speciali *ex art.* 4 *bis* o.p. e, nel caso dell'*art.* 630, anche dalla disciplina eccezionale sulle intercettazioni prevista *ex art.* 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152); determinati fatti di violenza in occasione di manifestazioni sportive (*ex art.* 6, l. 13 dicembre 1989, n. 401, indicato come requisito delle misure di prevenzione personali *ex*

In secondo luogo, il ragionamento qui proposto può essere applicato ai principi dell'epistemologia penale. Un primo esempio è sicuramente quello della crisi della struttura tipica di alcune categorie di reato, che per quanto talvolta sembri il risultato di una semplice "pigrizia" degli organi legislativi risulta necessario ad abbracciare le forme sempre più complesse della criminalità contemporanea, soprattutto se associativa. Di fronte ad esse, potrebbe risultare insufficiente, oltre che anacronistico, agire attraverso i modelli di incriminazione più tradizionali.

Diversamente, non si crede di poter affermare lo stesso sulle fattispecie di creazione giurisprudenziale: per quanto possa essere sentita l'esigenza di cogliere tutte le situazioni umane di forte disvalore nelle braccia della giustizia penale, accettare che simili ampliamenti del dettato legislativo possano essere operati dalla giurisprudenza caso per caso, al di fuori dei meccanismi della legalità, significa privare i cittadini della garanzia fondamentale della prevedibilità dei reati⁴².

O ancora, questa nuova teoria critica del diritto penale può riguardare le regole processuali, soprattutto nei procedimenti di tipo "amministrativo" come quello di prevenzione. Per questi ultimi non è previsto infatti un pieno contraddittorio, dato che per quanto sia possibile per il destinatario contestare la decisione sul provvedimento e portare "prove" ad esclusione dei requisiti oggettivi e soggettivi delle due misure, queste non sono mezzi probatori nel senso tecnico del termine⁴³, e la motivazione non è soggetta agli stessi oneri di giudizio. Il canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" in questi casi non è soltanto sostituito con quello semplice del "più probabile che non",

art. 4 c.a.); particolari reati contro il patrimonio (*ex art. 640 bis c.p.*, indicato come requisito delle misure di prevenzione personali *ex art. 4 c.a.*); delitti connessi all'immigrazione clandestina (*ex artt. 12, co. 1-3, 12 bis, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, indicato come requisito dei regimi speciali *ex art. 4 bis o.p.*). Anche se queste tendenze preventive possono essere proporzionate per i criminali di terrorismo o di mafia, lo stesso non può sempre presumersi che avvenga per altre categorie di "autori". Nei loro confronti la speciale capacità a delinquere dovrebbe perlomeno essere accertata *in concreto*, e non in via presuntiva dal legislatore, perché si potrebbe argomentare che manchino le ricorrenze criminologiche sufficienti a ragionare in questi termini. Cfr. I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, 1970, p. 175; ID., *Le presunzioni di pericolosità sociale tra Corte costituzionale e progetto di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 771 ss.; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 3 ss., pp. 72-74; A. CISTERNA, *La trattazione della proposta al vaglio del giusto processo e delle regole di acquisizione probatoria*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Utet, 2013, p. 164 ss.; A. GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in A. GAITO (a cura di), *La prova penale*, I, Utet, 2008, p. 95 ss., 113 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., pp. 69-70.

⁴² Cfr. G. FIANDACA, *Lo sguardo del giurista*, in G. FIANDACA, S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, cit., pp. 127-129.

⁴³ Cfr. F. M. IACOVIELLO, *La motivazione*, cit., pp. 98-99; M. CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure*, cit., p. 176.

ma è letteralmente invertito. In ragione del riferimento agli “indizi”, che sembrano quasi richiedere la mera esistenza di “prove” a favore di chi pretende di affermare la pericolosità, non è l’autorità a dover dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio la propria tesi, ma è chi si difende ad essere costretto a provare la propria “innocenza” nella stessa misura⁴⁴.

Sono tutti casi sintomatici, questi, del superamento dei confini di proporzionalità che separano un diritto penale personalistico da uno fondato sulla neutralizzazione del nemico⁴⁵. Quella proposta non si limita, così, a rappresentare una teoria: ma diviene un metodo di critica al quale è possibile fare ricorso per distinguere, tra le diverse situazioni nelle quali la dottrina parla genericamente di “nemico” nel diritto penale, i casi che deviano dal rapporto di proporzionalità ed entrano così in conflitto con i principi costituzionali. Il tutto alla luce di un ragionamento più ampio e meno formalistico, che guardi non soltanto alla misura delle pene ma all’intervento repressivo nel suo complesso, secondo una prospettiva integrata del diritto penale più adeguata alla complessità e dinamicità dei sistemi penali contemporanei.

⁴⁴ Cfr. A. CISTERNA, *La trattazione*, cit., p. 166.

⁴⁵ Per esempi di ricerca di possibili soluzioni ai problemi presentati, cfr. E. A. A. DEI CAS, *Sentencing inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia: potenzialità e insidie di un mutamento a lungo invocato*, in *Archivio penale*, 1, 2022, pp. 21-23; A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell’art. 603-bis c.p.*, in *Archivio penale*, 3, 2018, pp. 2-13; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I. Delitti contro la persona*, Cedam, 2013, p. 299, nt. 42; L. MASERA, *Il diritto penale “dei nemici” - La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020; A. CADOPPI, *op. cit.*, pp. 298-299.

ABSTRACT

Il testo riprende l'annosa questione della definizione e identificazione del diritto penale del nemico, nel tentativo di revitalizzare la nozione alla luce dei limiti delle teorie tradizionalmente attestate in dottrina e dell'opportunità di ampliare i margini del controllo di costituzionalità sulle tecniche di incriminazione. Dopo aver dimostrato che in letteratura si fa riferimento a due diverse nozioni di diritto penale del nemico, come sistema penale alternativo o come tecnica legislativa d'eccezione, si evidenziano le lacune di entrambe e si tenta una nuova ricostruzione della categoria muovendo da una nuova concezione della proporzionalità tra reato e pena in senso ampio, tale cioè da ricomprendere il modello di intervento punitivo nel suo complesso dall'incriminazione astratta all'esecuzione penale, passando per le regole processuali ed il procedimento di prevenzione. L'obiettivo è di affermare che soltanto quando la tecnica punitiva supera il limite di proporzionalità e tende alla neutralizzazione del soggetto, piuttosto che ad ampliare la prevenzione in ragione di circostanze di eccezionale pericolosità, si manifesta la deriva verso il nemico, incompatibile con i principi costituzionali dello Stato di diritto. Si cerca, infine, di mostrare in via esemplificativa alcune applicazioni pratiche della nuova nozione all'ordinamento italiano.

PAROLE CHIAVE

Diritto penale del nemico – Principi costituzionali in materia penale –
Diritto penale emergenziale – Principio di proporzionalità

* * *

A NEW CONCEPT OF ENEMY CRIMINAL LAW.
INSIGHTS FROM THE LIMITS OF TRADITIONAL THEORIES AND
THE PROPORTIONALITY CONTROL ON INCRIMINATION TECHNIQUES

ABSTRACT

The text revisits the long-standing issue of defining and identifying enemy criminal law, in an attempt to revitalize the concept in light of the limitations of the traditional theories and the opportunity to broaden the scope of constitutional review of criminalization techniques. After demonstrating that the literature refers to two different notions of enemy criminal law, as an alternative criminal system or as an exceptional legislative technique, the limits of both are highlighted and a new reconstruction of the category is attempted, starting from a new conception of proportionality between crime and punishment in a broad sense, i.e., one that encompasses punitive intervention in its entirety, from abstract criminalization to criminal enforcement, including procedural rules and preventive measures. The aim is to assert that only when the punitive technique exceeds the limits of proportionality and tends to neutralize the subject, rather than to expand prevention due to circumstances of exceptional threat, the drift towards the enemy occurs, incompatible with the constitutional principles of

the rule of law. Finally, an attempt is made to illustrate some practical applications of the new concept in Italian law.

KEYWORDS

Enemy Criminal Law – Constitutional Principles on Criminal Law–
Exceptionalism in Criminal Law – Principle of Proportionality