

Ius puniendi: tra derive espansive e tendenze garantistiche

Ius puniendi: between expansive drifts and guarantee-oriented tendencies

Giulio Vaccari

Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi "Roma Tre", Avvocato Praticante, Esperto Esterno presso lo Stato Maggiore della Difesa e Collaboratore presso la Cattedra di Diritto Penale nell'Università degli Studi "Roma Tre"

Sommario: 1. Premessa. – 2. Origini e legittimazione della potestà punitiva. – 3. La dimensione biopolitica del diritto penale nella società del rischio. – 4. La figura del nemico nel diritto penale. – 5. La logica dell'eccezione nella legislazione penale emergenziale e securitaria. – 6. La proporzionalità dell'intervento punitivo nell'era del populismo penale. – 7. Criticità emergenti nella legislazione penale più recente. – 8. Il paradigma garantista. – 9. Riflessioni conclusive.

ABSTRACT

Il presente saggio esamina la trasformazione contemporanea del diritto penale alla luce del crescente ricorso alla pena come risposta all'insicurezza sociale, alle politiche emergenziali e ai rischi generati dalle società moderne. Concentrandosi sul rapporto tra potere punitivo e garanzie costituzionali, l'analisi mette in evidenza la tensione tra l'espansione dell'area penalmente rilevante e i principi che ne delimitano la legittimazione. Il contributo ricostruisce ellitticamente i principali paradigmi teorici che orientano talune scelte di politica criminale – dal diritto penale del rischio a quello del nemico, dalla legislazione emergenziale al populismo penale – valutandone le ricadute sui principi di legalità, proporzionalità ed *extrema ratio*. Il filo conduttore che orienta queste pagine è costituito da una concezione garantista del diritto penale, in grado di preservarne la legittimazione democratica e di scongiurare ogni utilizzo meramente simbolico della sanzione penale.

EN

This essay examines the contemporary transformation of criminal law in light of the increasing use of punishment as a response to social insecurity, emergency-based policies and the risks generated by modern societies. By focusing on the relationship between punitive power and constitutional safeguards, the analysis highlights the tension between the expansion of criminal intervention and the principles that limit its legitimate exercise. Particular attention is paid to risk-based criminal law, enemy criminal law and penal populism, showing how these paradigms may affect legality, proportionality and the *extrema ratio* principle. The essay argues that criminal law preserves its democratic legitimacy only when it remains subject to constitutional constraints and does not become a merely symbolic instrument for governing fear.

1. Premessa

Ciascuno dei temi affrontati nel presente saggio potrebbe costituire oggetto di una ricerca autonoma, come dimostrano i diffusi riferimenti bibliografici alle opere dei maggiori studiosi del diritto penale. Le tematiche oggetto del presente contributo si sono riproposte, nel corso del tempo, con una scansione circolare, dovendosi registrare ultimamente – rispetto al paradigma di una legislazione penale costituzionalmente orientata – periodi di recessione. Negli ultimi tempi, infatti, le storture legate a un eccessivo ampliamento dell'intervento punitivo appaiono particolarmente evidenti, quale effetto di una politica di governo che, da un lato, alimenta il bisogno di sicurezza dei consociati e, dall'altro soddisfa solo in via formale e apparente le istanze così generate attraverso una serie di leggi-manifesto, troppo spesso prive dei canoni di determinatezza ed effettività, come mostrano i più recenti interventi legislativi, che si avrà modo di esaminare nel prosieguo. Se è vero che la pena costituisce

da sempre lo strumento più incisivo e afflittivo di cui uno Stato dispone per limitare diritti e libertà fondamentali, è altrettanto vero che, proprio in ragione di tale afflittività, ogni ampliamento dell'intervento punitivo dovrebbe postulare una verifica particolarmente rigorosa dei relativi presupposti di legittimazione. Del resto, è proprio nel diritto penale che si manifesta la dimensione più autoritativa del potere statale, quella che Max Weber definiva come il monopolio dell'uso legittimo della forza¹. Tuttavia, proprio in quanto strumento di coercizione e di limitazione delle libertà individuali, il diritto penale manifesta la propria ambivalenza: esso si configura, al tempo stesso, come presidio di garanzia, imponendo limiti sostanziali e processuali all'esercizio dello *ius puniendi*, e come possibile fonte di minaccia nei confronti di condotte antigiuridiche connotate da un grado più o meno intenso di disvalore sociale. Non è un caso che i più grandi filosofi del diritto hanno da sempre interrogato e analizzato i confini mutevoli del diritto penale. Cesare Beccaria, nel suo saggio *Dei delitti e delle pene*, scriveva che «ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico»². Si afferma(va), dunque, come il ricorso alla forza da parte dello Stato debba sempre trovare una previa e rigorosa legittimazione non soltanto in relazione all'intensità dell'intervento punitivo³, ma, ancor prima, alla sua stessa ammissibilità. Ogni epoca, quando è attraversata dalla paura, dall'insicurezza o dall'emergere di nuove inclinazioni criminose, tende a riscoprire il volto autoritario della giustizia penale. Questa reazione, però, si manifesta troppo spesso anticipatamente rispetto all'analisi e alla comprensione dei fenomeni sottesi alla nascita di nuove tendenze di devianza sociale. Fatta questa premessa, il garantismo, da taluni ancora considerato inconciliabile con la rigida disciplina del diritto penale⁴, lungi dal configurarsi come una visione utopistica, rappresenta piuttosto una forma di tutela per il cittadino dinanzi all'incontrollata potestà punitiva dello Stato. Di fronte alle rapide trasformazioni che attraversano la società odierna, si è progressivamente consolidata una tendenza a ricorrere con crescente disinvoltura alla sanzione penale. L'intervento punitivo viene spesso eletto quale soluzione più rassicurante, soprattutto se confrontata con la complessità e i tempi necessariamente lunghi volti ad attuare politiche sociali in grado di incidere concretamente sulle cause dei diversi fenomeni di devianza sociale. Il legislatore contemporaneo sembra essere perfettamente consapevole di questa scorciatoia, ove la pena offre una risposta rapida e politicamente spendibile. Ciò che sembra invece sfuggirgli è che, seguendo questa via, il diritto penale viene progressivamente distorto e piegato a una funzione che non gli appartiene. L'improprio uso del diritto penale si manifesta pertanto come una vera e propria patologia del sistema punitivo, una deviazione rispetto al suo fisiologico assetto costituzionale. Si tratta di una realtà che non può essere compresa se non collocandola entro la dialettica delle categorie giuridiche tradizionali del diritto penale. L'«improprietà» non si esaurisce in un giudizio critico circoscritto a singole scelte legislative, quanto piuttosto ricomprende un difetto di legittimazione strutturale, una frattura tra il modello garantista della tradizione giuridica liberale e le sue concrete, distorte e attuali modalità di attuazione. Il diritto penale, nel paradigma dello Stato costituzionale, è costruito in funzione prettamente sussidiaria ed è governato da principi che ne delimitano l'ambito operativo e ne impediscono l'uso arbitrario. Si pensi, ad esempio, all'offensività come principio cardine di selezione delle condotte punibili, alla colpevolezza come fondamento della responsabilità personale, alla proporzione come limite della risposta sanzionatoria, alla tassatività e alla determinatezza come

1 V. M. WEBER, *La politica come professione*, Mondadori, Milano 2006 (testo della conferenza tenuta a Monaco di Baviera, 28 gennaio 1919).

2 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino 1973, p. 8.

3 Ivi, p. 17.

4 Così M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in «disCrimen», 16 dicembre 2019: l'autore, nell'individuare «le colpe della dottrina penalistica», evidenzia che «se si prescinde dal programma di un diritto penale minimo, di per sé utopico anche perché privo di un corredo tecnico adeguato, ma seriamente espressione del principio di ultima *ratio*, la dottrina penalistica non ha mai preso davvero sul serio la sussidiarietà penale».

garanzie di prevedibilità e conseguentemente di non arbitrarietà da parte del giudice. Questi principi non svolgono funzioni meramente programmatiche, ma rappresentano piuttosto le condizioni di validità dell'intervento punitivo. Laddove essi vengano compressi, aggirati o svuotati di contenuto, il diritto penale perde la sua legittimazione strutturale. L'improprio utilizzo del diritto penale si manifesta precisamente in questo contrasto tra la razionalità interna del sistema, che dovrebbe esser sempre preservata, e le attuali distorsioni funzionali che interessano la sanzione penale⁵. Tale contrasto si è progressivamente ampliato in un contesto in cui il diritto penale è divenuto permeabile a logiche apparentemente emergenziali, a pressioni mediatiche, a esigenze di governo dell'insicurezza che ne alterano la struttura e ne modificano la funzione. La produzione legislativa penale degli ultimi decenni mostra una tendenza costante all'espansione dell'area penalmente rilevante, spesso attraverso incriminazioni che si pongono in contrasto con le categorie giuridiche tradizionali, o mediante inasprimenti del contenuto sanzionatorio non sempre rispondenti ad un effettivo incremento dell'offensività. La pena assume così una dimensione simbolica, divenendo strumento di comunicazione, un linguaggio performativo che mira a assicurare l'opinione pubblica, a segnalare la capacità dello Stato di reagire con la forza, ossia con la minaccia della pena, che tuttavia si rivela, nella maggior parte dei casi, una soluzione facile e solo apparentemente efficace a problemi di natura complessa. La riflessione sull'opportunità dell'intervento penale, inteso come *extrema-ratio*, allora, si impone come riflessione sulla tenuta del modello garantista e sulla capacità del sistema penale di autolimitarsi. È un invito a recuperare la consapevolezza che la forza del diritto penale non risiede nella sua espansione, ma nella sua capacità di contenersi, resistere alle pressioni esterne, rimanere fedele alla propria razionalità delineata mediante i principi costituzionali. Solo in questa prospettiva l'improprio utilizzo può essere riconosciuto come ciò che realmente è, ossia una minaccia strutturale alla legalità penale e, dunque, allo Stato di diritto. Il presente contributo intende esplorare la tensione che intercorre tra tutela dei diritti e della dignità umana e il dilagante fenomeno di sovracriminalizzazione⁶, analizzando la genealogia del potere punitivo e la sua metamorfosi contemporanea, nella quale il diritto penale, come si avrà modo di delineare, tende a divenire il braccio armato dello Stato, funzionale alla gestione delle emergenze e al mantenimento dell'ordine e della sicurezza. Si cercherà di mostrare come, di fronte a tale deriva, il pensiero garantista mantenga una funzione cardine imprescindibile, quella di ricordare che lo Stato di diritto vive precisamente nei limiti che impone a sé stesso. L'analisi che segue, infatti, si propone di ricostruire, in una prospettiva dinamica, le principali linee evolutive del diritto penale, mettendo in luce le sue trasformazioni mediante il ricorso alle categorie filosofico-giuridiche che hanno segnato il dibattito penalistico negli ultimi tempi. L'obiettivo del lavoro consiste, da un lato, nell'evidenziare come determinate matrici teoriche abbiano orientato la funzione e la struttura del sistema punitivo; dall'altro, si cercherà di individuare punti di contatto tra tali paradigmi e i più recenti interventi legislativi in materia penale.

2. Origini e legittimazione della potestà punitiva

Per comprendere la relazione tra diritto penale e potere statale, occorre muovere da una prospettiva genealogica. Nella storia delle dottrine politiche moderne, il potere di punire è stato fondato come corollario della sovranità statale. Nella sua celebre opera *Il Leviatano*, Thomas Hobbes descrive la nascita dello Stato come il trasferimento al sovrano del diritto di vita e di morte dei cittadini, al fine di garantire la sicurezza collettiva. In questa concezione, il potere punitivo è una conseguenza diretta del patto sociale, in cui l'individuo rinuncia alla propria libertà originaria di difendersi e vendicarsi,

⁵ Per un approfondimento sull'attuale questione relativa all'utilizzo improprio del diritto penale v. M. PELISSERO, *La tutela penale della sicurezza pubblica. Una costante ossessione*, in «Questione Giustizia», n. 3, 2025.

⁶ In cui il diritto penale diviene lo strumento privilegiato dal legislatore per contrastare i problemi di varia natura che affliggono la società.

consegnandola allo Stato affinché quest'ultimo amministri la violenza in modo "ordinato". La riflessione filosofica di Hobbes, parte nel solco del giusnaturalismo per poi sfociare in una visione tipica del positivismo⁷. Nella ricostruzione hobbesiana, lo stato di natura è dominato dalla "guerra di tutti contro tutti", in cui prevale la legge del più forte e la vita umana è segnata dall'insicurezza. L'uomo, per ragioni di autoconservazione, ha dunque tutto l'interesse a vivere pacificamente. Tuttavia, questa convivenza pacifica può realizzarsi solo attraverso un patto sociale con cui ciascun consociato cede la propria sovranità a un sovrano assoluto. È in questo passaggio che emerge la matrice del positivismo nel pensiero hobbesiano, in cui la legge è vincolante in quanto comando del sovrano, la cui autorità deriva dal patto sociale originario. In questa evoluzione concettuale si riflette anche il passaggio epocale dalla concezione del reato come peccato - ancorata alla violazione di una legge divina - alla concezione del reato come fatto lesivo di beni giuridici individuali e collettivi. Questo radicale mutamento di prospettiva per il diritto penale moderno viene avviato ad opera dei giusnaturalisti, che iniziano a sostenere uno Stato che si allontana progressivamente dall'influenza dei valori religiosi; si tratta, tuttavia, di una trasformazione graduale, che troverà pieno compimento solo nell'epoca illuminista. Sarà infatti nel XVIII secolo, attraverso le rivoluzionarie concezioni intellettuali dei più grandi illuministi, che l'equiparazione del reato al peccato verrà definitivamente superata, inaugurando così il primato dell'oggettivo sul soggettivo. È proprio l'illuminismo a completare la secolarizzazione del diritto penale e il processo di laicizzazione complessiva dello Stato⁸. Con l'illuminismo, infatti, la pena non è più un atto di forza del sovrano, ma un istituto razionale e proporzionato, volto alla tutela dei diritti dei cittadini. La pena giusta è quella certa, pronta e proporzionata, dove il diritto penale si configura come limite al potere e non come suo strumento arbitrario. In questa transizione dal potere punitivo sovrano e assoluto di Hobbes al limite di legittimazione della potestà punitiva statale propugnata da Beccaria, si radica la nascita del diritto penale liberale. In particolare, i massimi esponenti della tradizione di ispirazione penalistico-liberale, tra cui Gaetano Filangieri e Francesco Carrara, contribuirono in modo decisivo al passaggio dalla concezione del reato inteso come peccato, che aveva caratterizzato i secoli precedenti, a una concezione del reato incentrata sul fatto. Si afferma così la rivoluzionaria teorizzazione del diritto penale del fatto, che identifica il reato come offesa o lesione a un bene giuridico tutelato. Tuttavia, la storia insegna come la promessa illuminista non sia stata pienamente mantenuta e, anzi, sia stata più volte tradita e messa in discussione, non solo nei secoli a venire. Difatti, il periodo ottocentesco ha mostrato come la dimensione disciplinare repressiva del potere statale non sia scomparsa del tutto, ma si sia piuttosto trasformata in una modalità più sofisticata di controllo sociale. Nel XIX secolo la cosiddetta Scuola positiva⁹ elabora una concezione del diritto penale radicalmente diversa rispetto a quella illuminista. Secondo questo orientamento dottrinale, la giustificazione della pena non risiede più nel fatto commesso, né nella violazione di una norma incriminatrice, ma nella personalità del delinquente, ritenuta espressione di caratteristiche biologiche innate. Il criminale viene così indentificato come un individuo "diverso" per natura, riconoscibile attraverso tratti somatici e predisposizioni fisiologiche che lo renderebbero incline al delitto. Da questa impostazione deriva l'idea che la funzione della pena non sia tanto quella di reagire a un comportamento antigiusuridico, quanto quella di proteggere la società da persone considerate pericolose, indipendentemente dalla gravità o persino dalla commissione di un reato. La sanzione penale assume così un carattere eminentemente preventivo e difensivo, fondato sulla presunta pericolosità dell'individuo più che sulla

7 Secondo Norberto Bobbio, Hobbes è nato come un giusnaturalista e si è poi trasformato in positivista, nel senso che se è vero che parte da posizioni tipiche del giusnaturalismo moderno (lo stato di natura e il passaggio a quello civile) poi sfocia in un'idea assoluta della sovranità. Cfr. il testo (senza autore) *Thomas Hobbes: dalla teoria del diritto naturale al positivismo giuridico*, <https://scienze politiche.uniroma2.it/wp-content/uploads/2017/10/8.-Hobbes-1.pdf>.

8 Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano 2024, p. 6.

9 Tra i massimi esponenti figuravano Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Filippo Grispigni.

responsabilità per un fatto, contribuendo a spostare l'asse del sistema punitivo dalla colpevolezza alla difesa sociale. In questo modo viene progressivamente messo in discussione il diritto penale del fatto e, parallelamente, si afferma una nuova concezione fondata sulla pericolosità dell'individuo che si identifica nella teoria del diritto penale d'autore¹⁰, destinata a diventare il fulcro della difesa sociale. È in questo passaggio cruciale che si concentra la riflessione di Michel Foucault sulla c.d. biopolitica, in cui dal supplizio del corpo si passa al controllo delle condotte, alla sorveglianza diffusa, all'interiorizzazione della norma e, di conseguenza, all'annientamento dell'individuo¹¹. Nel corso dell'Ottocento i sistemi penali occidentali attraversano una trasformazione profonda. Le pene corporali, che per secoli avevano rappresentato il fulcro della risposta punitiva, vengono progressivamente abbandonate a favore della prigione. L'istituzione penitenziaria, nella visione di Foucault, non è solo un nuovo luogo di esecuzione della pena, ma esprime una diversa concezione dell'individuo e del modo in cui lo Stato intende esercitare il suo controllo. La detenzione, infatti, nella prospettiva foucaultiana, si fonda su una tecnologia del potere che mira a sorvegliare il corpo in modo continuo, capillare e funzionale, trasformando l'essere umano in un soggetto disciplinato, quasi in una "macchina" da rendere produttiva e docile. In questo passaggio si riflette l'emergere di una nuova ontologia del corpo, non più oggetto di punizioni esemplari e visibili, ma di un controllo costante e silenzioso, che agisce attraverso la regolazione dei comportamenti e l'interiorizzazione della norma. La prigione diventa così il simbolo di una modernità che non rinuncia alla coercizione, ma la riorganizza in forme di controllo più sottili e sofisticate. Nel XX secolo poi, il potere punitivo, lungi dall'essere ridotto, si faceva capillare e invisibile. Del resto, i regimi totalitari del Novecento hanno rappresentato una vera e propria distorsione del diritto penale. Si pensi, ad esempio, alla trasformazione del diritto penale durante il fascismo, che maturò all'interno di un clima politico progressivamente emergenziale, frutto non di una rottura improvvisa, ma di un processo graduale avviato a partire dalla metà degli anni Venti del secolo scorso. In questa fase prese forma una riorganizzazione sistematica dell'assetto istituzionale dello Stato, orientata al superamento del modello liberale prefascista e alla costruzione di un ordinamento accentrato, fondato sulla concentrazione del potere nelle mani del potere esecutivo. Le cosiddette "leggi fascistissime"¹² del 1925 e 1926 segnarono un passaggio decisivo, con cui si attuò una produzione normativa coordinata per limitare progressivamente le libertà politiche e sindacali, per rafforzare il potere del governo e introdurre strumenti di controllo capillare sulla società e sull'informazione. Tale processo sancì il definitivo abbandono della struttura liberale dello Stato e l'affermazione di un ordinamento caratterizzato da una crescente subordinazione dell'intero apparato istituzionale alla direzione politica del regime. In questo contesto assunse un ruolo determinante l'azione del guardasigilli Alfredo Rocco, principale architetto dell'impianto giuridico fascista. La sua impostazione teorica si fondava su una concezione marcatamente stato-centrica dell'ordinamento, nella quale lo Stato veniva collocato al vertice della gerarchia dei valori e l'individuo era considerato titolare di diritti solo in quanto parte della collettività organizzata. In opposizione alla tradizione liberale, la dottrina fascista sosteneva la

10 Il diritto penale d'autore rappresenta una categoria concettuale elaborata in chiave eminentemente critica all'interno della dogmatica penalistica, utilizzata per descrivere modelli di repressione penale nei quali l'oggetto primario della sanzione non è il fatto tipico, antigiuridico e colpevole, bensì la personalità dell'autore. In tale prospettiva, il reato perde la sua centralità quale presupposto esclusivo della responsabilità penale e viene progressivamente degradato a mero indice rivelatore di una presunta pericolosità del soggetto. La sanzione si orienta così non tanto verso un comportamento storicamente determinato, quanto verso ciò che il soggetto "è", "rappresenta" o "potrebbe diventare", secondo una logica prognostica incompatibile con i canoni del diritto penale liberale. Questo modello si pone in netta antitesi rispetto al diritto penale del fatto, che costituisce il fondamento degli ordinamenti costituzionali contemporanei e trova espressione nei principi di legalità, materialità e colpevolezza.

11 Per un approfondimento sul punto v. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino 2014.

12 In particolare, la legge 24 dicembre 1925, n. 2263; la legge 31 dicembre 1925, n. 2307; la legge 31 gennaio 1926, n. 100; la legge 4 febbraio 1926, n. 237 e la legge 3 aprile 1926, n. 563.

prevalenza dell'interesse statale su quello individuale, legittimando una revisione complessiva della funzione del diritto penale. Infatti, secondo la visione ideologica di Rocco, l'impostazione garantista della legislazione precedente aveva indebolito la capacità repressiva dell'ordinamento, favorendo un atteggiamento ritenuto eccessivamente indulgente nei confronti della criminalità e, soprattutto, delle minacce politiche interne. Il diritto penale doveva quindi recuperare una funzione più incisiva di difesa dell'ordine politico e sociale, rafforzando gli strumenti di repressione e prevenzione. Da tale impostazione derivò l'espansione della tutela penale degli interessi dello Stato, con particolare attenzione ai reati contro la sicurezza e l'integrità delle istituzioni, spesso delineati attraverso tecniche normative peculiari che ne consentivano un'applicazione ampia e adattabile alle esigenze del regime. Parallelamente si affermò una concezione del sistema punitivo orientata non solo alla retribuzione del fatto, ma pure alla prevenzione della pericolosità sociale. Tale impostazione informò la disciplina delle misure di sicurezza, che affiancavano alla pena un sistema di interventi fondati sulla valutazione della pericolosità del soggetto¹³. Il rafforzamento del potere repressivo fu ulteriormente giustificato attraverso il richiamo costante alla necessità di difendere lo Stato da minacce interne. Questo crescente clima di tensione favorì l'introduzione di strumenti straordinari come la reintroduzione della pena di morte, che invece il precedente "codice Zanardelli" del 1889 aveva abrogato, e l'istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato per reprimere i reati contro la sicurezza del regime. Nel complesso, la trasformazione del diritto penale nell'epoca fascista si inserisce in un più ampio processo di ridefinizione dei rapporti tra individuo e Stato, nel quale l'ordinamento penale viene progressivamente orientato alla tutela dell'autorità statale e alla conservazione dell'ordine politico. La funzione garantista che aveva caratterizzato la tradizione penalistica liberale risultava significativamente ridimensionata, mentre il potere punitivo assumeva una dimensione sempre più politica, divenendo uno degli strumenti centrali attraverso cui il regime consolidò il proprio controllo sulla società.

3. La dimensione biopolitica del diritto penale nella società del rischio

La riflessione foucaultiana introduce un elemento decisivo per la filosofia del diritto contemporanea, in cui il diritto penale non è soltanto uno strumento giuridico, ma un dispositivo biopolitico, una tecnologia del potere che opera sulla vita, sui corpi e sulle condotte degli individui. Nel saggio *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Foucault mostra come la modernità abbia progressivamente abbandonato la pena spettacolare per instaurare un sistema di normalizzazione. L'obiettivo non è più la punizione del delitto, bensì la produzione di soggetti conformi alle regole sociali. Nel contesto dell'attuale politica criminale, questa dinamica si intensifica e la penalità diventa una tecnica di governo, funzionale alla gestione dei rischi e alla prevenzione del disordine. L'"uomo deviante" non è più semplicemente un trasgressore, ma un fattore di rischio, un soggetto da neutralizzare prima ancora che commetta un fatto tipico e soprattutto offensivo. La tradizionale prospettiva secondo cui il diritto penale sarebbe preordinato alla tutela di beni giuridici solo ed esclusivamente da condotte che ledono o arrecano un danno effettivo alla loro integrità, sembra oggi ampiamente superata. Le società contemporanee, infatti, sono segnate da un progresso scientifico, tecnologico ed economico sempre più rapido e difficilmente controllabile, che finisce per generare forme di rischio nuove e pervasive. Infatti, il rischio, inteso come probabilità di raggiungere un livello di danno o lesione al bene giuridico¹⁴, si configura ormai come un elemento strutturale della realtà sociale. Pertanto, una concezione del diritto penale limitata alla repressione degli eventi lesivi già verificatisi appare sempre meno sostenibile, il che, di fatto, giustifica sempre più il ricorso alla

13 Sarà proprio il "codice penale Rocco" del 1930 ad inaugurare il c.d. doppio binario sanzionatorio.

14 C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in «disCrimen», 4 febbraio 2019.

sanzione penale per governare il rischio, ogniqualvolta questo superi specifiche soglie di tollerabilità. Del resto, una particolare attenzione al rischio sembra caratterizzare sempre più le scelte di politica criminale, le quali in molti casi sembrano degenerare verso vere e proprie tecniche di governo sociale. Si tratta, a ben vedere, di un fenomeno che alcuni esponenti della dottrina penalistica identificano efficacemente nell'espressione "diritto penale del rischio"¹⁵, in cui il ricorso alla minaccia della pena da parte dello Stato è impiegato non più in via sussidiaria, ma come strumento ordinario di governo della società¹⁶. In tale prospettiva, il criterio di imputazione della responsabilità penale tende a fondarsi sull'aumento del rischio¹⁷, che, nella prassi, risulta strettamente connesso allo svolgimento di specifiche attività. Infatti, proprio in riferimento alle attività che, seppur lecite, sono caratterizzate da un livello di rischio¹⁸, la realizzazione del fatto penalmente rilevante viene a dipendere dal superamento dei limiti tracciati dalla norma cautelare, che delimita, in modo più o meno determinato, l'area di rischio entro cui è ammesso l'esercizio di quella specifica attività. La legislazione penale contemporanea sembra ampiamente caratterizzata da questa tendenza. Si pensi, ad esempio, alla disciplina della sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008; settore in cui il legislatore mira a prevenire non tanto l'evento lesivo in sé, inteso come alterazione della realtà materiale esterna percepibile con i sensi, quanto piuttosto l'incremento del rischio, introducendo fattispecie di reato che abbandonando progressivamente il modello dell'offesa e della lesione ai vari beni giuridici. Questo uso improprio del diritto penale, finalizzato, per l'appunto, a gestire i diversi fattori di rischio e che tende ad assumere una dimensione "biopolitica", entra inevitabilmente in tensione con i principi costituzionali del diritto penale liberale. Quando l'attenzione del legislatore si concentra sui fattori di rischio che minacciano beni giuridici particolarmente rilevanti, si finisce spesso per costruire un modello di responsabilità penale che assume tratti spiccatamente illiberali. In tale prospettiva, l'imputazione non si fonda più sull'accertamento dell'effettiva lesione del bene, ma tende a ruotare attorno alla sola constatazione che l'agente abbia incrementato un rischio ritenuto non consentito dall'ordinamento giuridico. La tipicità del reato viene così determinata non tanto perché animata da dolo o colpa, ma perché oggettivamente idonea a superare la soglia di rischio fissata dalla norma cautelare. Si tratta di un mutamento tutt'altro che marginale. Se nella tradizione liberale la tipicità del fatto di reato resta ancorata alla colpevolezza, che richiede un accertamento in concreto dell'elemento soggettivo, nel diritto penale del rischio, invece, si assiste ad un progressivo svuotamento della componente soggettiva del reato, che tende ad essere ricostruita su basi prevalentemente obbiettive, con il conseguente "rischio" di produzione di forme di responsabilità oggettive¹⁹. In tale contesto, anche la sussistenza del nesso causale subisce una trasformazione significativa. Il suo accertamento non è più l'esito di una verifica *ex post* sull'effettiva evitabilità dell'evento lesivo, ma viene spesso ricavato attraverso un giudizio prognostico, orientato a stabilire se la condotta abbia aumentato il rischio che l'evento si verificasse. L'attenzione si sposta, quindi, dall'accertamento dell'effettiva

15 Sul punto v. F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte (atti del Convegno di Toledo, 13-15 aprile 2000)*, Giuffrè, Milano 2004, p. 359; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in «Cassazione penale», 2008, p. 3566 ss.; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano 1989, p. 21 ss.; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, p. 1684 ss. Per un approfondimento sulle questioni di carattere sociologico v. V. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma 2003, p. 25 ss.

16 M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena 2014, p. 9.

17 Dove la responsabilità penale si fonda sull'aver generato o contribuito a generare il rischio giuridicamente non consentito, si parla a tal proposito di nesso di rischio: più che il disvalore della condotta in sé, è l'evento lesivo – quale concretizzazione del rischio – a costituire il fulcro dell'imputazione. Cfr. E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, Bologna 2020, p. 263.

18 Si pensi, ad esempio, all'esercizio dell'attività economica d'impresa, che trova la propria legittimazione nell'art. 41 Cost.

19 Che dovrebbero esser precluse alla luce del principio di colpevolezza *ex art. 27 Cost.*

incidenza causale della condotta alla valutazione della sua probabilità rispetto al verificarsi dell'evento²⁰. Il risultato è che l'aumento del rischio diventa esso stesso l'evento che la norma intende prevenire. Si assiste così ad una trasformazione del reato d'evento in un reato di pericolo, nel quale la dimensione preventiva prevale sulla logica tradizionale della responsabilità penale per fatto proprio colpevole²¹. È un passaggio che segna una torsione profonda del sistema penale, avvicinandolo a modelli di imputazione meno garantisti e più orientati ad anticipare la punibilità della condotta verso fasi sempre più remote rispetto alla lesione del bene. Se è vero che l'ordinamento giuridico è strutturato attorno a una concezione realistica del reato²², inteso come fatto tipico e offensivo, il rischio – in quanto fattore probabilistico e non fattuale – non dovrebbe trovare ingresso nelle tradizionali categorie giuridiche che governano la materia penale. Piuttosto, il rischio andrebbe configurato quale fattore extra-normativo e come tale in grado di qualificare uno specifico contesto sociale. Del resto, il progresso scientifico e tecnologico fa sì che i fattori di rischio siano sempre più correlati alle specifiche complessità tecniche, sociali ed economiche delle singole attività che vengono svolte e che spesso si articolano in differenti livelli all'interno della medesima organizzazione. Questa natura multilivello in cui si articola il rischio, in linea con il diffondersi delle c.d. “organizzazioni complesse”, comporta uno scenario preoccupante sotto il profilo della responsabilità penale. Si assiste, infatti, a una moltiplicazione dei centri di imputazione²³, in quanto la responsabilità tende a distribuirsi tra i diversi soggetti che, a vario titolo, intervengono nelle fasi dell'attività rischiosa. Ne deriva un modello di responsabilità penale che, pur mantenendo una veste formalmente efficientista in linea con il progresso della società, mal si concilia con le categorie giuridiche tradizionali del diritto penale e rischia di allontanarsi dalla logica personalistica e garantista che caratterizza il modello liberale.

4. La figura del nemico nel diritto penale

Tra le teorie più controverse e significative della filosofia penalistica contemporanea vi è quella del “diritto penale del nemico”, elaborata da Günther Jakobs. In tale prospettiva, si tende a distinguere tra *Bürgerstrafrecht* (diritto penale del cittadino) e *Feindstrafrecht* (diritto penale del nemico), due modelli diametralmente opposti, che corrispondono a due diverse concezioni del rapporto tra Stato e individuo. Nel primo modello, il soggetto è considerato persona titolare di diritti e la pena ha lo scopo di riaffermare la validità della norma violata all'interno di un contesto di reinserimento sociale. Nel secondo, invece, il soggetto è percepito come nemico dell'ordine e della sicurezza, un essere che, avendo negato radicalmente le regole della pacifica convivenza, si pone fuori dalla comunità dei diritti e deve esser quindi neutralizzato. Sebbene la distinzione si presenti in chiave descrittiva, essa finisce per legittimare una duplice logica penale, una per i cittadini integrati, un'altra per i soggetti esclusi o pericolosi. Si tratta, a ben vedere, di una frattura profonda nella concezione moderna del diritto penale, perché implica la possibilità di sospendere le garanzie in presenza di soggetti ritenuti “nemici” dello Stato. Tale impostazione, se portata alle estreme conseguenze, apre la via a un diritto penale selettivo, funzionale non alla giustizia ma alla sicurezza politica. La tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici incardinate sulla figura del “nemico sociale” si caratterizza per una marcata anticipazione della soglia di punibilità, spesso tradotta in previsioni farraginose, irragionevoli e non

20 Così G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in «Indice penale», 2006, p. 945 ss.; S. MANCINI, *Probabilità logica e probabilità statistica nell'accertamento del nesso causale in materia penale*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2004, p. 265 ss.

21 Cfr. E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, cit., p. 264.

22 A dimostrazione del fatto che il legislatore abbia voluto espressamente disciplinare la figura del reato impossibile di cui all'art. 49, comma 2, c.p., che esclude la punibilità quando è impossibile l'evento dannoso o pericoloso per inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa.

23 S. DOVERE, *L'organizzazione dell'impresa a confronto con il diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in «Archivio penale», 23 dicembre 2022.

di rado gravemente sanzionate. Entro questo paradigma possono individuarsi tre elementi ricorrenti. Il primo riguarda l'appartenenza dell'autore a una specifica categoria soggettiva: lo *status* del soggetto agente diviene elemento costitutivo dell'identità dell'autore ed è ritenuto imprescindibile per attivare la contrapposizione tra "autore" e "potenziale vittima"²⁴. La pericolosità non è più ancorata al fatto, ma alla tipizzazione del soggetto. Il secondo elemento concerne la degiurisdizionalizzazione del processo di applicazione della risposta sanzionatoria, quale conseguenza diretta della criminalizzazione di uno *status*. Quando non occorre accertare la responsabilità penale individuale per la commissione di un fatto, viene meno l'esigenza stessa di un giudizio affidato a un organo terzo²⁵. L'ultimo elemento attiene all'adozione d'una risposta sanzionatoria orientata alla neutralizzazione o eliminazione del nemico, sia attraverso l'esorbitanza dei limiti edittali e il ricorso a una sanzione ancora ossessivamente carcerocentrica, sia con l'introduzione di divieti assoluti di accesso ai benefici penitenziari²⁶. La combinazione di tali elementi determina un vero e proprio processo di militarizzazione²⁷ del diritto penale. Ecco allora che l'idea del nemico penalmente rilevante sembra essersi manifestata, nei suoi tratti più sintomatici, in numerosi ambiti della legislazione penale contemporanea: dall'antiterrorismo²⁸ alle misure di prevenzione²⁹ – siano esse personali o patrimoniali – arrivando sino alle normative in materia di immigrazione clandestina. In quest'ultimo ambito si fa riferimento, più specificatamente, ai provvedimenti di espulsione e allontanamento dello straniero irregolarmente presente nel territorio dello Stato³⁰, che, seppur formalmente qualificati come atti amministrativi, celano e producono poi effetti sostanzialmente penali. In tali contesti, il diritto penale assume la fisionomia di un diritto emergenziale permanente, dove l'eccezione costituisce la regola³¹. Si mostra così il volto più

24 Cfr. L. RISICATO, *Il diritto penale del nemico*, in «disCrimen», 18 dicembre 2023.

25 Si pensi, ad esempio, ai nuovi centri di permanenza ed espulsione, costruiti come veri e propri lager in aree a bassa densità abitativa e dotati di sorveglianza armata: *ibidem*.

26 Si pensi alla natura del regime carcerario ostativo *ex art. 4-bis O.P.*, previsto per specifiche categorie d'autore di reato, tra cui delitti commessi per finalità di terrorismo, eversione, delitti *ex art. 416 e 416-bis c.p.*

27 Come osservato da M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris 1986 (*Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, a cura di F. PALAZZO, traduzione di A. BERNARDI, Giuffrè, Milano 1992).

28 G.M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2009, p. 71, secondo cui «il terrorismo evoca la militarizzazione dello strumento giuridico-penale, l'esasperazione del diritto penale del nemico e spinge collettivamente a risposte di tipo eccezionale. Di più: traghetta quelle risposte verso la normalità, trasformandole in strumenti ordinari e permanenti. In una parola, il rischio più insidioso, a livello di sentimento sociale, è quello di normalizzare l'emergenza». Sul punto v. pure R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino 2008, p. 10. Per l'autore il diritto penale del nemico incentrato sulla neutralizzazione del fenomeno terroristico comporta una tendenza a una maggiore anticipazione della tutela e a una pena dotata di particolare consistenza afflittiva con conseguente affievolimento delle garanzie. Così anche F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in «Questione giustizia», n. 2, 2006, pp. 681 ss.: la deriva che si cela dietro il diritto penale del nemico attiene non solo alla punizione di un comportamento *ante-delictum*, ma di una mera appartenenza ad una categoria nemicale, a prescindere dallo svolgimento o meno di un'attività illecita e quando «la pena è un puro mezzo di eliminazione del nemico in ragione della sua appartenenza identitaria a una determinata categoria, è negata in radice l'idea stessa di responsabilità».

29 M. DI LELLO FINUOLI, *La confisca ante delictum e il principio di proporzione*, Giappichelli, Torino 2021, pp. 14 ss. L'autrice evidenzia come, soprattutto in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali, ed in particolare alla confisca antimafia, il diritto penale sembra tendere verso logiche incardinate sul diritto penale del nemico: «nei confronti dei soggetti appartenenti (o indiziati di appartenere) alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p. sono state ammesse, nel tempo, regole anomale, speciali rispetto a quelle previste per altre manifestazioni di devianza criminale. La risposta preventivo-sanzionatoria patrimoniale trova nel tipo d'autore "mafioso" un destinatario assai vulnerabile, rispetto al quale le garanzie penalistiche (sostanziali e processuali) sbiadiscono».

30 Disciplinati dal Testo unico sull'immigrazione di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286., in parte modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.

31 A. CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in «Diritto penale e processo», 2019, p. 1495 secondo cui «il diritto penal-amministrativo speciale dell'immigrazione rivela,

problematico del potere punitivo, ossia la tendenza a differenziare i soggetti nell'area del penalmente rilevante in base alla loro pericolosità e non alla loro responsabilità. In questo senso, il “diritto penale del nemico” costituisce la negazione radicale del paradigma garantista, poiché abbandona il principio personalistico³² su cui si fonda lo Stato di diritto. Il garantismo penale, infatti, si radica sul binomio persona e diritto, non vi può essere potestà punitiva senza persona, ma prima ancora, non vi può esser persona senza diritto. Laddove il soggetto è ridotto a mero oggetto di neutralizzazione, il diritto cessa di esser diritto – razionalmente inteso – e si trasforma in forza nuda e cruda. Il diritto penale del nemico, pertanto, si distanzia profondamente da qualsiasi forma di tutela giuridica dei diritti umani, tutela che trova fondamento non solo nella Costituzione, ma anche nelle principali fonti sovranazionali, quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il Patto internazionale sui diritti civili e politici. La categoria “nemicale”, del resto, implica un'assoluta prevalenza dello Stato e della collettività rispetto al singolo individuo, che viene degradato ad oggetto da eliminare³³.

5. La logica dell'eccezione nella legislazione penale emergenziale e securitaria

L'uso politico del diritto penale trova l'espressione massima nella logica dell'emergenza. Come ha mostrato Giorgio Agamben³⁴, lo stato d'eccezione è divenuto nella modernità una tecnica di governo attraverso cui l'autorità statale temporaneamente sospende le garanzie giuridiche per affrontare una minaccia imminente per la collettività. Nella sua configurazione più radicale, lo stato d'eccezione implica la sospensione dell'intero ordine giuridico e l'attribuzione di poteri illimitati, sottratti a ogni forma di controllo. Un'evenienza simile si tradurrebbe in una vera e propria autonegazione del diritto. Orbene, una concezione dello stato di eccezione in tali termini risulta del tutto incompatibile con l'assetto costituzionale vigente, che non contempla alcuna possibilità di concentrare poteri assoluti in capo a una singola autorità statale³⁵. La Costituzione italiana, infatti, pur contenendo numerosi riferimenti a situazioni eccezionali legittimanti (artt. 13 e 81), a situazioni di urgenza (artt. 21, 72, 73 e 77) o comunque a situazioni di necessità (art. 50 e 77), non contempla in alcun caso la possibilità di sospendere l'intero assetto delle garanzie giuridiche né di attribuire pieni poteri a un singolo organo dello Stato. Persino lo scenario più emergenziale previsto dalla Costituzione, vale a dire lo stato di guerra, disciplinato dagli artt. 78 e 87 Cost., è incardinato in un procedimento rigoroso, ove la dichiarazione spetta al Presidente della Repubblica, ma solo previa deliberazione del Parlamento, cui compete conferire al Governo i poteri necessari. La stessa logica di controllo e limitazione permea le ulteriori disposizioni costituzionali. Le deroghe ai principi del giusto processo sono ammesse esclusivamente per il tempo di guerra (art. 111 Cost.); la giurisdizione dei tribunali militari dev'essere stabilita dalla legge (art. 103 Cost.); la proroga della durata delle Camere è consentita solo per legge e unicamente in tempo di guerra (art. 60 Cost.). Tale architettura normativa riflette la chiara volontà dei Padri costituenti, che – ancora segnati dalla memoria dei totalitarismi e dei loro esiti drammatici – hanno inteso precludere ogni possibile varco alla sospensione del diritto e alla concentrazione

già nei suoi tratti essenziali, gli aspetti più preoccupanti di quelle torsioni e la loro idoneità a precludere un corretto bilanciamento tra le istanze sottese al governo dei flussi migratori, da una parte, e, dall'altra, la salvaguardia delle garanzie fondamentali della persona e dei principi del sistema penale».

32 Ex art. 2 Cost. e di questo avviso sembra esser anche F. GIUNTA, *L'eccezione come regola del diritto penale. Tramonto di un paradigma*, La nave di Teseo, Milano 2023, secondo cui «il garantismo ha perso la sua lucentezza di valore irrinunciabile, per diventare irsuto agli occhi di una comunità sociale che, complice il tramonto delle grandi ideologie, ha subito la fascinazione del populismo, anche nella sua versione giudiziaria. L'offesa ha smarrito la necessaria centralità culturale, a favore di programmi di tutela eticizzanti. Un'impronta totalizzante caratterizza il diritto penale del nemico sociale, il quale, etichette a parte, non è certo un'invenzione contemporanea; la novità, dopo l'attacco alle Torri Gemelle, sta nella pretesa di una sua legittimazione».

33 Cfr. F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in «Diritto e questioni pubbliche» n. 10, 2010, p. 530 ss.

34 G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

35 V. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale: definizione e modelli*, Giuffrè, Milano 2003, p. 138 ss.

incontrollata del potere. L'ordinamento costituzionale italiano, proprio in ragione di questa drammatica esperienza storica, è strutturato per impedire che l'emergenza possa tradursi in un regime di eccezione declinato nella sua accezione più estrema. Tuttavia, non può negarsi che, in situazioni di emergenza volte a salvaguardare la sicurezza collettiva, l'ordinamento possa trovarsi a operare in un regime che costituisce un'eccezione rispetto alla regola, o, più precisamente, in una temporanea sospensione del normale assetto giuridico. Si tratta d'un fenomeno che il nostro Paese – come tanti altri – ha conosciuto di recente, in particolare durante l'emergenza sanitaria da Covid-19: si ricorderà come il legislatore abbia fatto ricorso a numerosi decreti-legge, finalizzati, da un lato, a comprimere progressivamente le libertà di circolazione e d'iniziativa economica e, dall'altro, a introdurre fattispecie incriminatrici per i soggetti che violavano le disposizioni contenute nei decreti stessi o persino in atti normativi secondari³⁶. A ben vedere, si trattava di una forma di stato d'eccezione funzionale a fronteggiare una situazione emergenziale reale e indifferibile, in cui la temporanea sospensione di categorie giuridiche tradizionali appariva inevitabile. Pur in presenza di misure eccezionali, i poteri straordinari introdotti per fronteggiare una situazione di grave pericolo per la collettività non si sono mai tradotti in un esercizio arbitrario e incontrollato dell'autorità statale. Tali prerogative, infatti, sono rimaste costantemente incardinate nel quadro delle garanzie costituzionali e sottoposte a forme di controllo idonee ad assicurare il necessario bilanciamento tra esigenze di tutela pubblica e salvaguardia dei diritti fondamentali³⁷. Accade, tuttavia, che lo stato di eccezione – e dunque la temporanea sospensione delle ordinarie categorie giuridiche – tenda a protrarsi nel tempo, trasformando ciò che dovrebbe essere un rimedio straordinario e soprattutto momentaneo in un assetto ordinario e permanente. Anche questa dinamica non è rimasta estranea al nostro ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla prassi distorsiva affermatasi a partire dalla seconda metà del Novecento, caratterizzata dal ricorso quasi impulsivo alla reiterazione dei decreti-legge in ambito penalistico³⁸. La logica dell'eccezione, così normalizzata mediante il ricorso alla decretazione d'urgenza, finisce per incidere sulla fisiologia del sistema delle fonti e per alterare l'equilibrio delle garanzie costituzionali. Nel quadro così delineato, è possibile individuare un ulteriore forma di stato d'eccezione riferita a fenomeni emergenziali non generalizzati, quanto piuttosto circoscritti a specifiche forme di devianza sociale e dunque riconducibili alla normativa emergenziale in senso proprio. In tali ipotesi, la causa che legittima l'eccezione - e dunque l'adozione di un regime giuridico derogatorio - determina, soprattutto nella prospettiva penalistica, un progressivo allontanamento dalle garanzie costituzionali, traducendosi in trattamenti sanzionatori più severi. Tale assetto trova giustificazione nella ragionevolezza e nell'accettabilità politica delle misure adottate, ma non comporta mai l'attribuzione di poteri *extra ordinem*, ossia prerogative conferite a soggetti normalmente privi di esse e sottratte a qualsiasi forma di controllo. In questa prospettiva, il nostro ordinamento offre diversi esempi di impiego del diritto penale per fronteggiare fenomeni percepiti

36 Cfr. T. EPIDENDIO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in «Giustizia Insieme», 30 marzo 2020, secondo cui bisogna distinguere uno stato d'eccezione in senso forte, vale a dire quello che Agamben rinviene nel «*iustitium* del diritto romano, proclamato in caso di grave pericolo per la Repubblica da un *senatus consultum ultimum*, che determinava la momentanea sospensione delle leggi con l'attribuzione ai magistrati di un potere illimitato» e uno stato di eccezione in senso debole in cui non è possibile «sospendere il diritto e attribuire ad alcuno pieni poteri».

37 Non sono però mancate critiche da parte dell'orientamento dottrinale sull'impiego del diritto penale nel periodo pandemico. Sul punto v. G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in «Sistema Penale», 16 marzo 2020.

38 La Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima tale prassi con la sentenza n. 360 del 17 ottobre 1996.

come emergenziali, quali il terrorismo internazionale³⁹ e la criminalità organizzata transfrontaliera⁴⁰. In tutti questi ambiti, il ricorso all'eccezione è stato giustificato in nome della tutela della sicurezza collettiva. Vi è, tuttavia, un elemento comune alle diverse manifestazioni dello stato d'eccezione – sia esso inteso nella sua accezione più radicale, come sospensione integrale dell'ordine giuridico, sia nella forma di una compressione permanente delle garanzie, sia ancora nel contrasto a fenomeni di devianza sociale circoscritta. In tutti questi casi, l'innalzamento del livello di sicurezza rispetto al pericolo percepito viene perseguito attraverso un ampliamento dei poteri di polizia, con un inevitabile sacrificio dei diritti fondamentali, che iniziano progressivamente a subire limitazioni sempre più incisive⁴¹. Il rischio è quello di assistere alla trasformazione dello Stato di diritto⁴² in ciò che viene definito Stato di polizia⁴³, ossia un ordinamento che non si limita a punire i reati, ma amministra la pericolosità. In tale prospettiva, la pena si ibrida con le misure di sicurezza, la colpevolezza si dissolve nella presunzione di rischio e il diritto penale si emancipa dai suoi stessi limiti normativi. Parallelamente, occorre osservare come l'espansione dell'area del penalmente rilevante, derivante da situazioni eccezionali ed emergenziali, alimenta un circuito autoreferenziale in cui la domanda di sicurezza produce nuova legislazione d'emergenza, e quest'ultima, a sua volta, rafforza la percezione di un rischio costante e incontrollabile. Si consolida così un paradigma securitario che marginalizza la razionalità garantista, riduce gli spazi della democrazia e normalizza l'idea che la compressione dei diritti fondamentali sia un prezzo inevitabile per fronteggiare l'emergenza⁴⁴.

6. La proporzionalità dell'intervento punitivo nell'era del populismo penale

Tra i sintomi più evidenti della deriva autoritaria del diritto penale contemporaneo vi è la crisi dei corollari di cui si compone il principio di offensività e, in particolare, la proporzionalità⁴⁵. L'offensività si declina in astratto e in concreto⁴⁶. La prima è rivolta al legislatore, che nell'individuare le varie condotte nei cui confronti attribuire rilevanza penale deve necessariamente calibrare le scelte di criminalizzazione con un grado più o meno ampio di lesività o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. La seconda invece, è rivolta al giudice, che nel raffronto tra i connotati del fatto storico e la fattispecie incriminatrice astratta deve verificare se concretamente nella realtà materiale esterna vi sia stata una lesione o la messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Al contempo, il principio di proporzionalità dovrebbe rappresentare un criterio guida imprescindibile

39 Legge 31 luglio 2005, n. 155 che ha convertito il decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale.

40 Legge 16 marzo 2006, n. 146 che ha introdotto sia la figura del reato transnazionale che la circostanza aggravante speciale della transnazionalità.

41 Di questo avviso è R.E. KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e "diritto penale del nemico"*, in «Rivista di diritto processuale», 2007, p. 7 ss.

42 E.R. ZAFFARONI, *La pena come vendetta ragionevole, Lectio magistralis*, Università degli Studi di Udine, 2013, p. 3, punto n. 12 (<https://qui.uniud.it/documents/830/lectio20Zaffaroni.pdf>), secondo cui lo Stato di diritto «non è qualcosa di stabilito ed immutabile, dal momento che ogni Stato di diritto storicamente dato vive in costante lotta per limitare lo stato di polizia che mantiene al suo interno, che a sua volta cerca continuamente di perforare la corazza del primo e sciogliersi dai suoi vincoli».

43 Modello statale che, nell'Europa del XVIII secolo, costituisce l'espressione più avanzata dell'assolutismo, contrapposto allo Stato di diritto, nel quale il benessere dei sudditi, la prosperità economica e il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica non derivano dalla libera interazione delle forze sociali, ma sono perseguiti mediante un controllo amministrativo rigoroso, di natura autoritaria, centralizzata e paternalistica. Cfr. la voce *Stato di polizia*, in *Dizionario di Storia*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 2011, [https://www.treccani.it/enciclopedia/stato-di-polizia_\(Dizionario-di-Storia\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/stato-di-polizia_(Dizionario-di-Storia)/).

44 Di questo avviso è anche F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2020.

45 Sul punto v. V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in «Questione Giustizia», 2019, p. 2 ss.

46 E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, cit., p. 186 ss.

nelle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore, in quanto funzionale a garantire un equilibrio ragionevole tra la gravità dell'offesa e la risposta punitiva dell'ordinamento. Tuttavia, l'evoluzione recente della legislazione penale sembra mostrare una progressiva attenuazione di tale principio, con l'introduzione di fattispecie di reato radicate sull'inasprimento del contenuto sanzionatorio, non sempre coerente con l'effettiva lesività delle condotte incriminate. Nella tradizione liberale, la pena deve essere proporzionata alla gravità del fatto e alla colpevolezza del *reo*; nella prassi attuale, invece, la proporzionalità è spesso sostituita da criteri di utilità politica, visibilità mediatica e risposta simbolica alla domanda sociale di sicurezza. In questo scenario, assume particolare rilevanza il ruolo del giudice, al quale l'impianto codicistico affida il dovere-potere di individualizzare la pena in concreto. Sebbene tale attività sia necessariamente circoscritta entro i limiti edittali minimi e massimi fissati dal legislatore⁴⁷, essa costituisce uno strumento essenziale per il recupero della proporzionalità nel singolo procedimento penale, consentendo di adeguare la sanzione ai connotati del fatto storico e al carattere personale del *reo*. In particolare, la disposizione codicistica più emblematica del paradigma sopra delineato, che assume rilevanza in sede di determinazione del *quantum* di pena da infliggere al *reo*, è rappresentata dall'art. 133 c.p. Tale norma impone al giudicante di tener conto di diversi fattori imprescindibili per garantire il rispetto della proporzionalità della pena; tra questi si annoverano l'intensità della colpevolezza, la gravità del danno cagionato, il tempo, il luogo e i mezzi impiegati per la realizzazione del fatto di reato. Di contro, si va consolidando, nelle dinamiche sottese alle scelte di politica criminale, la tendenza a concepire la sanzione penale come emblematica, prima ancora che proporzionale. Il diritto penale si sta affermando sempre più come strumento di comunicazione politica. In molti ordinamenti democratici, la legislazione penale risponde più alla logica del consenso che a quella della giustizia⁴⁸. Si moltiplicano i reati, si inaspriscono le pene, si riducono le possibilità di misure alternative alla detenzione e il diritto penale diventa un linguaggio di potere, un mezzo per rassicurare l'opinione pubblica più che per placare la sete di giustizia del popolo. Questo fenomeno, definito da molti autori come populismo penale⁴⁹, rappresenta una delle più insidiose minacce al garantismo. Esso trasforma il diritto penale in un simbolo identitario, in una risposta emotiva e moralistica a problemi complessi di natura economica, sociale e culturale. L'effetto è duplice: da un lato, la sovrapposizione tra pena e vendetta sociale⁵⁰; dall'altro, la perdita della funzione rieducativa della pena⁵¹ e l'evanescenza del contenuto sanzionatorio connesso al precetto violato. Il diritto penale, da strumento di tutela dei diritti, diventa così un mezzo di esclusione, un marchio di disvalore imposto a categorie già marginalizzate. Nel populismo penale contemporaneo si manifesta in pieno la logica del "nemico interno"⁵²: lo straniero, il deviato, il dissidente. L'uso simbolico della penalità non mira più alla giustizia, ma alla costruzione di consenso attraverso la

47 Art. 132 c.p.

48 Così E. RECCIA, *Populismo e diritto penale del nemico nella legislazione del migrante*, in «Sistema Penale», n. 12, 2024, che evidenzia come il populismo penale «se utilizzato impropriamente può divenire strumento di manipolazione del consenso popolare».

49 M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Mucchi, Modena, 2019; C. ATZENI, *Il populismo penale come specie del populismo politico: alcune questioni teoriche*, in «Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica», n. 2, 2023; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «disCrimen», 2 settembre 2018; L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in «Questione Giustizia», 2019, p.5 ss.

50 Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in «Cassazione penale», 2006, p. 790. L'autore evidenzia come il populismo penale sia radicato sulla certezza della pena, da intendersi come certezza della vendetta nei confronti del nemico criminale. In particolare, il populismo penale: «esclude delle persone, le separa dalla normalità sociale e quindi le combatte, trattandole in qualche misura come nemici, perché invece di dialogare con il colpevole, lotta contro di esso».

51 Ex art. 27, comma 3, Cost.

52 In questo senso E. RECCIA, *Populismo e diritto penale del nemico nella legislazione del migrante*, cit., p. 26 secondo cui la logica del populismo penale sarebbe rinvenibile nel «consenso di massa ottenuto dalle politiche securitarie, nel colpevolismo diffuso nell'opinione pubblica, nella tendenza a legittimarsi attraverso l'identificazione di nemici e, non in ultimo, nel paradigma tipico del diritto penale del nemico».

repressione. In questa prospettiva, il diritto penale perde ogni contenuto etico e si riduce a un linguaggio del potere, un linguaggio che parla di sicurezza per giustificare la disuguaglianza, che parla di legalità per mascherare la violenza istituzionale⁵³. In definitiva, il populismo opera spesso come cassa di risonanza di strategie comunicative che indeboliscono le garanzie costituzionali. Una delle sue tecniche più ricorrenti consiste proprio nello spostare il baricentro del dibattito pubblico verso questioni marginali, così da occultare le vere criticità che attraversano il Paese. Invece di affrontare temi come la precarizzazione del lavoro, l'aumento del costo della vita, il declino demografico, l'emergenza climatica, la diffusione del razzismo, l'analfabetismo funzionale o l'espansione della povertà, la narrazione penal-populista preferisce concentrare l'attenzione collettiva su figure costruite come "minacce"⁵⁴.

7. Criticità emergenti nella legislazione penale più recente

Dalla ricognizione eminentemente filosofica sin qui svolta, si può individuare una correlazione giuridico-funzionale con problemi attuali che investono la relazione tra tutela della dignità umana e irrogazione di sanzioni penali. In particolare, gli aspetti e le tendenze riconducibili al diritto penale del nemico, alle logiche proprie dello stato d'eccezione, alla crisi del principio di proporzionalità e all'emergere di forme di populismo penale, delineati nei paragrafi precedenti, possono essere chiaramente individuati e riconosciuti negli interventi legislativi più recenti. Difatti, negli ultimi anni la legislazione penale ha conosciuto una progressiva espansione quantitativa e qualitativa, alimentata da una spinta securitaria che tende a rigenerarsi ciclicamente e a legittimarsi attraverso una narrazione emergenziale permanente. Tale dinamica ha contribuito a una trasformazione strutturale del sistema sanzionatorio, nel quale il diritto penale ha progressivamente smarrito la propria funzione di *extrema ratio*, assumendo invece un ruolo centrale e pervasivo nella regolazione dei conflitti sociali. In questa cornice, ad esempio, si colloca l'ultimo intervento normativo in materia di sicurezza pubblica, rappresentato dal decreto-legge 24 febbraio 2026, n. 23⁵⁵, che si inserisce, senza soluzione di continuità, in una più ampia sequenza di provvedimenti legislativi⁵⁶ accomunati da un'identica matrice politico-criminale. La scelta stessa di etichettare – sia pure nel linguaggio comune – il provvedimento legislativo come "decreto sicurezza" rivela una precisa strategia comunicativa, ossia quella di evocare un bisogno collettivo di protezione e offrire una risposta simbolicamente rassicurante a un'opinione pubblica percepita come allarmata. La denominazione, lungi dall'essere neutra, assolve a una funzione di immediata legittimazione politica, soprattutto in un contesto nel quale il consenso elettorale è costantemente misurato e immediatamente spendibile. Sotto il profilo sostanziale, tuttavia, il pacchetto normativo riproduce criticità già ampiamente emerse nei precedenti interventi legislativi analoghi. Esso si colloca all'interno di quel fenomeno che la dottrina ha efficacemente descritto come panpenalismo⁵⁷, cioè la tendenza a fare della sanzione penale lo

53 Ivi, p.37.

54 Così anche R. BARTOLI, *Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo*, in «Sistema Penale», 3 ottobre 2024.

55 Il provvedimento legislativo pubblicato sulla «Gazzetta Ufficiale», Serie generale, n. 45 del 24 febbraio 2026, in vigore dal giorno successivo e recante: «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di attività di indagine dell'autorità giudiziaria in presenza di cause di giustificazione, di funzionalità delle forze di polizia e del Ministero dell'interno, nonché di immigrazione e protezione internazionale». Il testo integrale del provvedimento è disponibile al seguente link: www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2026/02/24/26G00042/sg.

56 Tra gli altri, d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con legge 1° dicembre 2018, n. 132; d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con legge 8 agosto 2019, n. 77; d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con legge 18 dicembre 2020, n. 173 e d.l. 11 aprile 2025, n. 48, convertito con legge 9 giugno 2025, n. 80.

57 Sul punto v. le lucide critiche di M. PAPA, *Com'è che il diritto penale è diventato una favola?* in «Sistema Penale», 26 maggio 2025; G. FIANDACA, *La bulimia punitiva aumenterà il consenso, ma non serve a niente*, in «Sistema Penale», 22 marzo 2025; G. GIOSTRA, *Con il Decreto Sicurezza il Governo ignora lo Stato di diritto e maltratta la Costituzione*,

strumento privilegiato – se non esclusivo – di governo della complessità sociale. In tale prospettiva, il diritto penale viene progressivamente sottratto alla sua vocazione sussidiaria e innalzato a fulcro dell'intero sistema delle reazioni giuridiche, con evidenti ricadute in termini di razionalità e proporzionalità. Proprio per quanto riguarda il profilo della proporzionalità, il decreto-legge sopramenzionato introduce all'art. 5 una forma di confisca obbligatoria applicabile ai delitti in materia di sostanze stupefacenti previsti dall'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990. Si tratta di una misura particolarmente invasiva, che solleva non pochi dubbi di compatibilità costituzionale, soprattutto in relazione alla proporzione tra la gravità del fatto e l'intensità della misura ablativa patrimoniale. Il rischio è che la confisca venga applicata anche a condotte di minima offensività, trasformandosi di fatto in una sanzione aggiuntiva rispetto a un quadro punitivo, delineato dallo stesso art. 73, già di per sé particolarmente rigido⁵⁸. Ulteriori disposizioni contenute nel recente decreto sicurezza sembrano evocare tratti tipici delle logiche emergenziali e dello stato d'eccezione. L'art. 4, ad esempio, interviene sulla disciplina del cosiddetto "DASPO urbano"⁵⁹, attribuendo al prefetto il potere di individuare aree cittadine considerate "ad alto rischio" dalle quali allontanare soggetti ritenuti pericolosi. La disposizione presenta un contenuto ampiamente indeterminato, tale da lasciare un significativo margine di apprezzamento per l'autorità di pubblica sicurezza, con il rischio di tradursi in applicazioni arbitrarie o comunque non sufficientemente controllabili. Il pericolo sotteso è quello di alimentare una percezione costante di emergenza e, conseguentemente, una richiesta di sicurezza che giustifica l'attribuzione di poteri eccezionali all'autorità amministrativa, con il rischio di scivolare verso assetti riconducibili allo Stato di polizia (si veda sul punto il par. 5). Un'ulteriore disposizione che sembra muoversi nella medesima direzione è l'art. 7 del decreto-legge, che amplia in modo significativo i poteri della polizia giudiziaria. Il primo *comma* incide sull'art. 4 della legge n. 152/1975, che attiene alla possibilità di effettuare perquisizioni di propria iniziativa senza una previa autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, al fine di ricercare armi, esplosivi o strumenti di effrazione. La novella amplia notevolmente la possibilità di effettuare le perquisizioni, estendendo il ricorso a questo mezzo di ricerca della prova a una pluralità di situazioni, tra cui anche le operazioni di polizia svolte in occasione di manifestazioni pubbliche o aperte al pubblico, con l'obiettivo dichiarato di prevenire reati idonei a turbare l'ordine e la sicurezza in contesti caratterizzati da un elevato afflusso di persone. Il secondo *comma* della medesima disposizione introduce, mediante l'inserimento dell'art. 11-*bis* nel d.l. n. 59/1978⁶⁰, un'ipotesi ulteriore di accompagnamento da parte dell'autorità di pubblica sicurezza all'interno degli uffici per espletare procedure di accertamento⁶¹, oltre a quella già prevista del c.d. "fermo d'identificazione"⁶². La funzione di tale misura però sembra essere allontanare soggetti ritenuti potenzialmente pericolosi dalle manifestazioni pubbliche, più che consentire accertamenti puntuali⁶³. La conseguenza preponderante sembra esser quella d'una significativa compressione della libertà personale, nonché dei diritti di riunione e di manifestazione del pensiero⁶⁴, giustificata da esigenze di prevenzione formulate in termini estremamente generici e affidate a un ampio margine di discrezionalità degli operatori di polizia. Nel loro complesso, tali

in «Domani», 6 maggio 2025; E. DOLCINI, *Un Paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in «Sistema Penale», 15 maggio 2025.

58 P. BERNARDONI, *Decreto sicurezza (d.l. 24 febbraio 2026, n. 23): una breve analisi dei profili penali e processuali*, in «Sistema Penale», 3 marzo 2026.

59 Disciplinato dal decreto-legge n. 14/2017, convertito con modificazioni dalla legge n. 48/2017.

60 Convertito con modificazioni dalla legge n. 191/1978.

61 Il nuovo accompagnamento coattivo è disposto allorquando, sulla base di specifici elementi fattuali, vi sia fondato motivo di ritenere che i soggetti coinvolti possano costituire un concreto pericolo per il pacifico svolgimento della manifestazione. Cfr. T. PERRELLA, *Il nuovo fermo preventivo di polizia: sicurezza pubblica, diritti fondamentali e prospettive di riforma*, in «Sistema Penale», 30 marzo 2026.

62 Di cui all'art. 11 del sopramenzionato decreto-legge.

63 P. BERNARDONI, *Decreto sicurezza (d.l. 24 febbraio 2026, n. 23)*, cit.

64 Artt. 17 e 21 Cost.

disposizioni sembrano richiamare – almeno sul piano strutturale – alcuni tratti del *diritto penale del nemico*, applicato in questo caso ai manifestanti percepiti come oppositori. Si ha quasi l'impressione che le manifestazioni pubbliche vengano considerate dal legislatore come una delle principali minacce all'ordine e alla sicurezza, al punto da legittimare un'espansione indebita dei poteri attribuiti all'autorità di pubblica sicurezza. Uno degli ulteriori vettori di questa deriva espansiva è rappresentato anche dalla legislazione a contenuto meramente figurativo. In tali interventi il legislatore sembra assumere una postura *simbolica*, confidando nella capacità performativa della norma penale di plasmare immediatamente la realtà sociale. La legge diviene così veicolo di proclami solenni, destinati più a manifestare un'intenzione politica che a incidere concretamente sui comportamenti dei consociati. La funzione di tali disposizioni appare, in definitiva, prevalentemente comunicativa e il loro scopo si esaurisce nella pubblicizzazione dell'intervento normativo, nella sua mera esistenza come segnale rivolto alla collettività. In questa dimensione si manifesta, al contempo, l'ambizione e la fragilità del legislatore orientato in senso panpenalistico. L'ambizione risiede nella presunzione che l'enunciazione normativa sia di per sé sufficiente a modificare i rapporti sociali; la fragilità, invece, emerge nell'incapacità di cogliere la complessità delle dinamiche relazionali, governate più da interessi e conflitti che da comandi formali dell'autorità politica⁶⁵. È all'interno di questo quadro che occorre poi collocare l'analisi delle scelte operate attraverso il decreto-legge, quale ormai fonte privilegiata di produzione di norme incriminatrici, il cui ricorso solleva ancora interrogativi non solo sul piano delle scelte di politica criminale, ma anche e soprattutto su quello delle garanzie costituzionali e della qualità complessiva della legislazione penale⁶⁶. L'intervento normativo sopramenzionato sembra riproporre una dinamica ormai ricorrente nel panorama delle riforme, segnata da una progressiva compressione di quella razionalità intrinseca che dovrebbe presidiare il diritto penale e la cui architettura logica dovrebbe, al contrario, essere preservata quale limite invalicabile all'azione riformatrice, a prescindere dall'indirizzo politico contingente. L'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, pur talora connotate da una rilevanza sistematica quanto meno problematica, si presenta sovente sganciata da una previa e complessiva valutazione dell'impatto organizzativo ed economico sull'apparato giudiziario, nonché da un'analisi puntuale dei costi che tali interventi determinano in concreto. Del resto, il meccanismo espansivo della legislazione penale determina un'inevitabile scissione valutativa tra l'onere complessivamente generato e i benefici realisticamente conseguibili in termini di efficienza, funzionalità e razionalità complessiva del sistema punitivo⁶⁷. La recente legge 2 dicembre 2025, n. 181, che ha introdotto il delitto di femminicidio di cui all'art. 577-bis c.p., si iscrive in pieno in una logica di politica criminale a forte valenza simbolica. Del resto, appaiono condivisibili le criticità già evidenziate da autorevole dottrina⁶⁸, in ordine alle ricadute applicative di tale intervento normativo. In primo luogo, sotto il

65 Cfr. A. ABUKAR HAYO, *L'ultimo pacchetto sicurezza non molto dissimile dai precedenti*, in «Penale Diritto e Procedura», 27 ottobre 2025. Per un approfondimento sulla questione inerente la sicurezza e l'ordine pubblico v. V. MONGILLO, *Ordine pubblico e sicurezza nel diritto penale: per un'ecologia concettuale quale viatico di razionalizzazione*, in «Archivio penale», 20 marzo 2025.

66 Alcuni esponenti della dottrina negano la possibilità di configurare il decreto-legge quale fonte del diritto penale. Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano 2025, p. 51 ss.

67 Lo stesso decreto-legge, 24 febbraio 2026, n.23, oltre a introdurre nuove fattispecie delittuose, come quella prevista in materia di armi di cui all'art. 4, comma 8, estende la portata applicativa di fattispecie già esistenti come quella prevista dal comma 1 dell'art.4-bis della legge n. 110/1975 e introduce nuove sanzioni come la confisca per le ipotesi di cui all'art.73 del D.P.R. 309/1990. Per un approfondimento sulle criticità di maggior rilievo sistematico si rimanda a P. BERNARDONI, *Decreto sicurezza (d.l. 24 febbraio 2026, n.23)*, cit.

68 G. FIANDACA, *Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio*, in «Sistema Penale», 14 marzo 2025. Così anche M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, in «Sistema Penale», 18 marzo 2025. Peraltro, le criticità erano già state sollevate durante l'iter legis anche da diverse professoresse, ricercatrici e studiose del diritto penale, nel documento *Il reato di femminicidio presentato dal Governo: le ragioni della nostra contrarietà*, 26 maggio 2025 e pubblicato in varie riviste giuridiche.

profilo della sua effettiva utilità sistematica e dell'evidente frizione con i principi costituzionali; in secondo luogo, perché sembra riaffiorare l'idea – ricorrente nell'attuale prassi legislativa – che i complessi e stratificati problemi sociali e culturali sottesi al crescente numero di femminicidi possano essere ricondotte a una carenza o addirittura a una lacuna dell'apparato normativo vigente. Tuttavia, è bene ricordare come l'impianto codicistico, prima di tale intervento⁶⁹, fosse già di per sé idoneo a garantire un'adeguata ed egualitaria risposta sanzionatoria e i recenti procedimenti penali che hanno interessato il fenomeno, seppur caratterizzati da un'elevata risonanza mediatica, ne costituiscono un esempio emblematico. In questa prospettiva, l'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice finisce per attribuire alla sola risposta penale una funzione impropriamente risolutiva, come se l'introduzione della nuova figura di reato fosse, di per sé, sufficiente a incidere in modo determinante sulle cause strutturali del fenomeno. La dimensione didattico-pedagogica, all'interno della quale potrebbero esser sviluppate e attuate efficaci politiche sociali per contrastare il fenomeno del femminicidio, risulta del tutto estranea al diritto penale, che viene così piegato a funzioni improprie. In tale prospettiva, s'intravede una logica di populismo penale che, nel tentativo di rispondere alle istanze dell'opinione pubblica, privilegia un approccio marcatamente sanzionatorio, finendo per spostare l'attenzione dalle necessarie politiche sociali verso un intervento incentrato esclusivamente sulla repressione. Nel solco di analoga impostazione si colloca(va), da ultimo, anche la riforma relativa alla separazione delle carriere tra magistrati requirenti e giudicanti⁷⁰, che sembra(va) muovere dal medesimo paradigma simbolico ed innalzata, nel dibattito politico, a vera e propria “madre di tutte le riforme”, in grado di rimuovere integralmente, o quantomeno di attenuare in misura significativa, le criticità strutturali⁷¹ che interessano la giustizia penale.

8. Il paradigma garantista

Contro queste tendenze a un utilizzo improprio del diritto penale, la teoria del garantismo, elaborata in modo sistematico da Luigi Ferrajoli⁷², rappresenta una delle più importanti risposte filosofico-giuridiche. Il garantismo nasce come teoria della legittimazione e del limite al potere punitivo, fondata sull'idea che la pena possa essere giusta solo se limitata da una rete di garanzie processuali e sostanziali. Le prime sono finalizzate ad apporre un limite al potere giudiziario, nel tentativo di ridurre al massimo i margini arbitrari del giudice e si sostanziano nel contraddittorio, nella parità di posizione processuale tra accusa e difesa, nella presunzione di innocenza, nell'onere probatorio che grava su chi accusa, nell'oralità e pubblicità del giudizio e nella terzietà del giudice⁷³. Le seconde, invece, sono finalizzate ad apporre un argine alla previsione legale dei reati e si traslano nel principio di stretta legalità, tassatività, offensività, materialità e colpevolezza. Ferrajoli, nel delineare il “diritto penale minimo”⁷⁴, idealizza una potestà punitiva conforme al principio di legalità e alla tutela dei

69 Basti pensare che il delitto di omicidio, che ricomprende inevitabilmente anche il femminicidio, ex art. 575 c.p., è già punito con la pena dell'ergastolo se: il fatto è commesso in occasione di taluno dei fatti di cui agli artt. 572, 583-*quiquies*, 600-*ter*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis* c.p.. Tutte ipotesi in cui più frequentemente si cagiona la morte di una donna.

70 La legge costituzionale pubblicata nella «Gazzetta Ufficiale» del 30 ottobre 2025 e approvata in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera e recante «Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare», è stata recentemente oggetto di referendum popolare ex art. 138 Cost., con esito negativo.

71 Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla durata dei processi, alla carenza di organico o al sovraffollamento carcerario: criticità che, tuttavia, non presentano alcuna correlazione funzionale con la riforma. Così anche G. CANZIO, *La separazione delle carriere dei magistrati*, in «Giustizia Insieme», 17 marzo 2026.

72 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989; Id., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol., Roma-Bari 2007; Id., *Il paradigma garantista*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

73 L. FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo*, in «Criminalia. Annuale di scienze penalistiche», 2014, p. 130.

74 Che si contrappone al diritto penale massimo, il quale «si contraddistingue, oltre che per l'eccessiva severità, anche per l'incertezza e l'imprevedibilità delle condanne e delle pene». Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 82

diritti fondamentali, differenziando così tutto ciò che, invece, è espressione di un potere autoritario che fa del diritto penale un mezzo di repressione e controllo politico. I principi cardine del garantismo penale – legalità, offensività, colpevolezza, materialità, sussidiarietà – non sono meri strumenti formali, ma costituiscono gli assiomi tradizionali che esprimono la subordinazione del potere politico alla razionalità giuridica. Laddove questi principi vengono erosi, il diritto penale cessa di essere diritto per trasformarsi in amministrazione politica del castigo. Il garantismo, dunque, non è un ostacolo alla sicurezza, bensì la condizione di possibilità di una sicurezza democratica, fondata sul rispetto delle libertà individuali. Tuttavia, la tensione tra garantismo e istanze di sicurezza si riaccende in ogni momento di crisi: terrorismo, gestione dei flussi migratori, pandemie. In tali contesti, il potere statale tende a giustificare l’eccezione come necessità. È qui che il diritto penale mostra la sua vera natura di “braccio armato” dello Stato, pronto a sospendere le garanzie in nome di un ordine di rilievo apparentemente pubblicistico. La crisi del diritto penale contemporaneo non può essere risolta mediante meri adattamenti sul piano della tecnica normativa. Essa richiede una (ri)elaborazione in chiave filosofico-giuridica del rapporto tra potere e diritto, tra sicurezza e libertà. Il paradigma garantista rappresenta tutt’oggi l’unico orizzonte in grado di restituire al diritto penale la sua funzione di limite, prima ancora che di dominio. Luigi Ferrajoli ha mostrato come il garantismo non sia una posizione ideologica, bensì una teoria della legittimazione del potere punitivo fondata sulla logica pregnante di tutela dei diritti fondamentali. In un sistema realmente garantista, la pena non è il luogo dell’arbitrio, ma il risultato di un procedimento razionale e rigorosamente normato. Il diritto penale deve essere “minimo” non per indulgenza verso il *reo*, ma perché solo così esso può essere coerente con la tutela della dignità della persona umana e con i principi fondanti lo Stato di diritto, che a loro volta trovano legittimazione nella Costituzione. Occorre, dunque, rifondare il sistema penale, sottraendolo alla sua attuale funzione distorsiva quale strumento di potere, volto da un lato a preservare gli interessi di una ristretta categoria e, dall’altro, a perpetuare l’emarginazione di gruppi sociali già strutturalmente vulnerabili⁷⁵. Ciò implica un duplice movimento: in senso negativo-restrittivo, la riduzione delle aree di criminalizzazione superflue e la riaffermazione del principio di *extrema ratio*; in senso positivo-ampliativo, la costruzione di un diritto penale orientato alla tutela effettiva dei diritti fondamentali, anziché alla mera difesa di un generico e pressoché astratto “ordine”. Il nuovo paradigma garantista deve inoltre confrontarsi con le trasformazioni della società globale. La dimensione transnazionale dei rischi – nella quale oggi si tende a ricomprendere il *cybercrime* – tende a spingere gli Stati verso un incremento delle prerogative punitive e preventive. La sfida del garantismo è quella di universalizzare le garanzie, sottraendole alla logica sovrana in capo ai singoli Stati e promuovere una cultura “mondiale” della pena. Ciò richiede una rivoluzione culturale, prima ancora che normativa, la consapevolezza che ogni restrizione di libertà, ogni pena inflitta, rappresenta una lacerazione del tessuto sociale di uno Stato⁷⁶ e deve essere giustificata da una necessità reale e non da un calcolo politico di potere basato sulla mera convenienza del consenso elettorale.

9. Riflessioni conclusive

In conclusione, la storia del diritto penale può essere letta come la storia del tentativo — mai pienamente riuscito — di civilizzare la violenza. Dalla concezione di sovranità assoluta del Leviatano

⁷⁵ La giustizia penale italiana manifesta una marcata impronta classista: la popolazione detenuta è composta in larga misura da persone tossicodipendenti, da soggetti immigrati e da autori di reati connessi alla marginalità sociale, mentre i soggetti penalmente responsabili di reati economico finanziari ascrivibili alla criminalità dei c.d. “colletti bianchi” rappresentano meno del 2% della popolazione carceraria. Il diritto penale, che dovrebbe costituire lo spazio dell’eguaglianza formale dinanzi alla legge, si configura invece, nella prassi applicativa, come l’ambito in cui le disuguaglianze sociali raggiungono la loro massima espressione. Cfr. L. FERRAJOLI, *Il garantismo come legge del più debole e dell’oppresso, contro il potere*, in *Antigone*, 21 febbraio 2021.

⁷⁶ Del resto, «l’unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione». Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino, 1973, p. 20

alla legalità garantista dello Stato di diritto, l'umanità ha cercato di trasformare la forza in norma, la vendetta in giustizia, la punizione in educazione. Tuttavia, ogni volta che la paura prevale sulla libertà, il diritto penale rivela la propria natura ambivalente: esso torna a essere braccio armato dello Stato, strumento di difesa più che di giustizia. Se, come delineato, l'utilizzo improprio del diritto penale costituisce una realtà prevalentemente normativa — benché la giurisprudenza tenti costantemente, ove possibile, di riequilibrare le distorsioni legislative attraverso un'attività ermeneutica raffinata che vede coinvolti giudici costituzionali, di merito e di legittimità — la radice più profonda di tale fenomeno va rinvenuta in un mutamento culturale. Nel senso che, prima ancora di tradursi in scelte legislative e dunque in strategie di politica criminale, esso affonda le proprie origini in una trasformazione del modo in cui la collettività percepisce il ruolo del diritto penale. È come se, progressivamente, si fosse radicata nell'immaginario collettivo la convinzione che la sanzione penale possieda una capacità risolutiva e quasi taumaturgica. La credenza che il ricorso alla pena possa offrire risposte rapide e rassicuranti a ogni fenomeno sociale finisce per snaturare la stessa essenza del diritto penale, al quale viene attribuita una funzione impropria e che tende dunque ad eccedere e sconfinare rispetto ai limiti delineati nella Costituzione. Ed è proprio quest'ultima, invece, che dovrebbe costituire la bussola del legislatore nelle singole scelte di politica criminale, garantendo il presidio della razionalità complessiva del sistema e impedendo che il diritto penale venga piegato a funzioni che non gli appartengono. La storia insegna come le derive sociali, culturalmente prodotte, non si presentano mai come tali e si nascondono nel linguaggio della sicurezza, della moralità, dell'ordine. Ma dietro queste parole si cela spesso una regressione etico-giuridica, una rinuncia ai principi fondanti lo Stato di diritto. Il diritto penale, quando oltrepassa il confine della necessità, non difende più la società, bensì la domina. Il garantismo penale, al contrario, rappresenta il cuore razionale delle scienze penalistiche, la sua vera essenza. Esso ricorda che la forza dello Stato non risiede nella severità delle sue pene, ma nella capacità di autolimitarsi; che la sicurezza autentica nasce dal rispetto dei diritti, non dalla loro compressione; che ogni potere punitivo legittimo è un potere che si riconosce come limitato. In un'epoca di emergenze e paure globali, la sfida più grande resta quella di punire meglio e non di più; solo così il diritto penale potrà cessare, o perlomeno ridimensionare, la pretesa di elevarsi quale braccio armato dello Stato.