

IL DIRITTO PENALE EXOTROPICO: POLITICHE SECURITARIE E
CRIMINALIZZAZIONE DELLE CATEGORIE MARGINALI. OVVERO LO
SVUOTAMENTO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI E LA RIAFFERMAZIONE
DEL DIRITTO PENALE D'AUTORE*.

Mariangela Telesca**

SOMMARIO: 1. - Premessa. 2. - I presupposti della 'liturgia' della sicurezza pubblica: la crisi del *welfare state* e le ricadute penalistiche. 2.1.- L'affermazione della dottrina 'tolleranza zero'. 2.2. - La rappresentazione mediatica della criminalità e la ricerca del consenso. 3. - Il dato normativo: pacchetti sicurezza e inasprimento sanzionatorio in tema di patrimonio. 3.1. - Il trattamento degli extracomunitari. 3.2. - Le misure contro *homeless*, parcheggiatori abusivi, 'graffitari'. 3.3. - La riproposizione della fattispecie di accattonaggio. 4.- La penalizzazione delle categorie marginali: ovvero la criminalizzazione della colpa d'autore. 5. - Considerazioni di sintesi sul dover essere.

1.- Premessa

Una riflessione – quantunque schematica – sui provvedimenti normativi concernenti la sicurezza pubblica offre all'interprete una molteplicità di chiavi di lettura dommatiche e politico-criminali. La legislazione di settore, complessivamente considerata, pone in risalto una sorta di costante, rappresentata dall'aggiramento delle cogenti indicazioni costituzionali, fondative di un diritto penale del fatto. I principi di legalità (in special modo tassatività-determinatezza dell'illecito penale e riserva di legge) di offensività, di frammentarietà, di responsabilità penale personale, di ragionevolezza dello strumentario sanzionatorio, nonché il ruolo del bene giuridico vengono 'sacrificati' sull'altare delle (spesso solo presunte) esigenze di sicurezza delle persone¹. Accanto all'elusione dei principi appena richiamati, la normazione in tema di ordine pubblico perviene ad una aperta criminalizzazione di determinate categorie marginali della società. Il *fil rouge* che attraversa i vari provvedimenti va colto, come dato conclusivo, nella 'riaffermazione' di forme di diritto penale 'd'autore'.

Le cause di una tale legislazione sono molteplici; ma, per la dimostrata capacità di incidere sul processo di normazione, meritano di essere segnalate in prima battuta:

1) il ruolo dell'economia che, in un mercato globalizzato, ha comportato il disconoscimento del sistema del "welfare state" e, dunque, una implementazione delle classi sociali meno abbienti. Può sembrare, a prima vista, che si tratti di settori che procedono in modo autonomo, ma, come avremo modo di dimostrare, sussiste una stretta relazione tra apparato economico e politiche penalistiche; tra mercato globalizzato e scelte politico-criminali;

2) l'acritica ricezione nel nostro ordinamento di esperienze maturate in altri contesti (il riferimento va alla "dottrina" c.d. "tolleranza zero");

* Il testo, successivamente corredato da bibliografia essenziale, riproduce la lezione tenuta al XXXVII ciclo dei corsi di Dottorato di Ricerca - Università degli Studi di Salerno - il 16/5/2022.

** Assegnista di ricerca - Professore a contratto in Diritto penale parte speciale - Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) - Università degli Studi di Salerno.

¹ Sulla rilevanza degli stessi, nella prospettiva del dover essere della punibilità v. *infra* § 5.

3) la capacità dei mezzi di informazione, per il perseguimento di interessi economici legati al ricco mercato della pubblicità, di ampliare il fenomeno criminoso con la ‘creazione’ di un clima artefatto che rende plausibile il ricorso a politiche di rigore funzionali a tranquillizzare l’ansia collettiva; anche se – più concretamente – dietro la necessità di interventi rigorosi si nascondono esigenze meno nobili, quali la ricerca (prima) e la gestione (poi) del consenso elettorale.

Crisi del “welfare state” e sovra-rappresentazione mediatica della criminalità hanno finito per alterare i reali presupposti che giustificavano l’emanazione di una legislazione di tipo emergenziale. Invero, se agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso «la scelta di *rigidezza* dell’esecuzione della pena per delitti di criminalità organizzata²» con la realizzazione di un regime penitenziario fortemente differenziato in senso rigoroso per gli appartenenti alle associazioni mafiose³ – concretizzatasi nell’introduzione degli artt. 41-*bis* (l. n. 356/1992, di conv. del d.l. n. 306/1992) e 4-*bis* ord. penit. (art. 1 d. l. n. 152/1991) – appariva per alcuni aspetti giustificata⁴ alla luce della recrudescenza del fenomeno della criminalità organizzata che aveva raggiunto «intollerabili livelli di pericolosità sociale»⁵, con le stragi di Capaci e di via D’Amelio, a monte dei c.d. pacchetti sicurezza vi è, invece, una situazione emergenziale più apparente che reale, i cui fatti di reato non sono neppure lontanamente paragonabili a quelli posti in essere dalle organizzazioni mafiose.

Nonostante le statistiche dimostrassero che non stessimo vivendo in un mondo più pericoloso di quanto lo fosse cinquanta o cento anni prima, il legislatore è intervenuto con una serie di provvedimenti di tipo emergenziale⁶. Evidentemente, com’è stato segnalato, «sono i sentimenti al riguardo che si sono invertiti, si cerca avidamente qualsiasi informazione che confermi le proprie aspettative di pericolo»⁷.

² D. Pulitanò, *Diritto penale*⁸, Torino 2019, 453.

³ Si è parlato in proposito (cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 768) della previsione di una «disciplina “a forbice” ispirata alla logica del “bastone” e della “carota”»: da un lato, un irrigidimento del trattamento penale, che inasprisce di molto la vita carceraria, in una prospettiva di rigorosa retribuzione e neutralizzazione della pericolosità soggettiva; dall’altro, sconti di pena in forma di attenuanti e immediato accesso alle misure alternative» ed altri benefici per i c.d. pentiti che decidono di collaborare con la giustizia.

⁴ Ciò non vuol dire sottovalutare – o, ancor di più, condividere – una tale impostazione che solleva, invece, specifici problemi di legittimità costituzionale; basta richiamare in proposito le «"serie perplessità"» evidenziate dalla Corte costituzionale (sent. 7/08/93, n. 306, in <https://giurcost.org/decisioni/1993/0306s-93.html>) che pur ammettendo la legittimità del regime differenziato fissava, mediante decisioni interpretative di rigetto o di parziale accoglimento (sentenza 1/3/1995 n. 68, in <https://giurcost.org/decisioni/1995/0068s-95.htm>), precisi limiti all’operatività della norma a tutela delle garanzie del condannato (sent. 5/12/1997, n. 376, in <https://giurcost.org/decisioni/1997/0376s-97.html>, altre decisioni ivi richiamate).

⁵ Corte cost. sent. n. 68/1995, cit.

⁶ Riporta H. Kury, *Mass media e criminalità: l’esperienza tedesca*, in G. Forti, M. Bertolino (cur.), *La televisione del crimine*, Milano, 2005, p. 346, che l’aumento della criminalità viene smentito dalle statistiche della polizia. I dati del Ministero dell’interno dimostrano un calo dei reati, in particolare di alcune tipologie (rapine e furti), in *interno.gov.it*. Rileva L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Quest. giust.* (2019) 1 79, che l’Italia è uno dei Paesi più sicuri del mondo. In questi ultimi 20 anni si è prodotta una riduzione costante del numero dei delitti: 397 omicidi nel 2017, gran parte dei quali consistenti in femminicidi, rispetto alle molte migliaia degli anni passati: oltre 4.000 alla fine dell’Ottocento, più di 3800 negli anni Venti e quasi 2.000 negli anni Novanta del secolo scorso. Siamo anche in presenza di una riduzione delle violenze sessuali e perfino dei furti, benché si sia notevolmente ridotta la cifra nera delle une e degli altri.

⁷ Come sottolineato da Z. Bauman, *Il buio del postmoderno*, Roma-Reggio Emilia 2011, 37.

Da un punto di vista metodologico, prima di soffermarci sul dato normativo, e in particolare su alcune disposizioni dei pacchetti sicurezza – che si pongono in termini di ‘cartina di tornasole’ per comprendere lo ‘strabismo’ del legislatore e, quindi, le cause dello ‘slittamento’ verso forme di diritto penale d’autore – appare corretto ripercorrere, seppure in via meramente schematica, alcuni presupposti che hanno contribuito alla svolta in senso repressivo dell’intervento legislativo e conseguentemente all’abbandono delle connotazioni di fondo del diritto penale del fatto.

2. - I presupposti della ‘liturgia’ della sicurezza pubblica: la crisi del *welfare state* e le ricadute penalistiche

Un importante contributo all’ampliamento delle politiche securitarie e, quindi, allo scivolamento verso di forme di diritto penale d’autore va ascritto alle trasformazioni dello stato sociale.

Lo stretto rapporto tra politiche sociali e politiche penalistiche si coglie ragionando sul fatto che all’inizio degli anni Settanta «l’assistenzialismo penale e la penologia progressista erano elementi strutturali del campo, e formavano la base programmatica della maggior parte degli indirizzi politici»⁸. Siffatta impostazione aveva precise ricadute sull’adeguamento a Costituzione dei provvedimenti legislativi; in una tale ottica possono essere richiamate: a) le modifiche dell’istituto della sospensione condizionale della pena (l. n. 191/62); b) le innovazioni inerenti alla liberazione condizionale della pena (l. n. 1634/62 recante: «Modificazioni alle norme del Codice penale relative all’ergastolo e alla liberazione condizionale»). L’art. 22 c.p., nella nuova versione di cui all’art. 1 l. n. 1634/62, stabilisce che il condannato all’ergastolo può essere ammesso al lavoro all’aperto. L’art. 2 della stessa legge innova gli articoli 72, 176 e 177 c.p.; c) i mutamenti del sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali (l. n. 317/67) c.d. legge di depenalizzazione; d) i cambiamenti in tema di determinazione della pena da infliggere (d. l. n. 97/74 conv. in l. n. 220/74); e) la riforma dell’ordinamento penitenziario (l. n. 354/75); f) i provvedimenti in tema di rimozione del divieto della concessione della libertà provvisoria nei confronti degli imputati di un reato per il quale era prevista l’obbligatorietà della cattura (art. 2 l. n. 773/72 di modifica dell’art. 277 c.p.p.).

Gli interventi del legislatore s’inseriscono nel contesto di una filosofia protesa ad un’umanizzazione del diritto penale e ciò avviene facendo proprie le istanze dello stato sociale⁹. In altri termini, il sistema penale procedeva parallelamente alle istanze

⁸ D. Garland, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it., Milano 2004, 129; sulle cui teorie cfr. A. Ceretti (cur.), *Pena, controllo sociale e modernità del pensiero di David Garland*, Milano 2005.

⁹ Il concetto racchiude generalmente un insieme di interventi pubblici connessi al processo di modernizzazione a mezzo dei quali lo Stato fornisce ai propri cittadini protezione contro rischi e bisogni prestabiliti. Protezione sotto forma di assistenza, assicurazione e sicurezza sociale introducendo specifici diritti sociali e specifici doveri di contribuzione (in tal senso fra le tante definizioni, cfr. M. Ferrera, *Le politiche sociali. L’Italia in prospettiva comparata*, Bologna 2006, 17; più in generale cfr. G.A. Ritter, *Storia dello stato sociale*, Roma-Bari 1996, 35 ss.). L’origine dello stato sociale (per delle indicazioni di ordine storico sul problema dei poveri fra illuminismo ed età delle rivoluzioni, cfr. F. Conti, G. Silei, *Breve storia dello Stato sociale*, Bari 2013, 24 ss.) si fa orientativamente risalire allo stato assistenziale inglese del XIX secolo e, in particolare, lo si può collocare tra il 1795 ed il 1834 ove il sistema delle *Speenhamland*, in vigore nel Regno Unito, sancì, appunto, la nascita dello stato assistenziale (secondo T. Treu, “*Welfare state*”. *Stato del benessere*, in *Dizionario di storia Treccani*, consultabile in <http://www.treccani.it>, le prime

solidaristiche consentanee all'affermazione del *welfare state*; con il risultato di rilevanti ricadute in termini di modernizzazione delle politiche penali; si pensi alle istanze riabilitative divenute l'ideologia pregnante della moderna penologia. La riforma dell'ordinamento penitenziario, quale esempio delle strategie penalistiche protese al recupero del condannato, rispecchiava tale impostazione. Forme più o meno diffuse di agiatezza economica, portata dal c.d. 'boom economico', avevano determinato l'apertura verso nuove sensibilità da parte della collettività; le politiche di solidarietà e le politiche progressiste, come quelle del correzionalismo e della riabilitazione, trovavano in un tale contesto socio-economico la naturale sede. Le politiche penalistiche si allineano ad altri contesti; si pensi ad esempio come, in tale periodo, le istituzioni di controllo sociale e quelle punitive condividevano con gli apparati dello stato sociale l'incarico di provvedere, attraverso l'attivazione di strategie di inclusione, al trattamento di tutto ciò che rimaneva al di fuori di un mercato di lavoro altrettanto inclusivo¹⁰.

Le mutate condizioni economiche e le conseguenti 'sofferenze' dell'economia¹¹ determinarono un ridimensionamento delle teorie keynesiane¹² ed un rinvigoriscente delle teorie ultraliberiste¹³ e antagoniste, propuginate prima da von Hayek¹⁴ e, successivamente, da Friedman¹⁵ e dalla scuola di Chicago. Senza propendere per le teorie

manifestazioni del *welfare* sono consistite in interventi assistenziali di carattere tipicamente occasionale e spesso discrezionale, a favore di gruppi circoscritti di bisognosi; la loro formazione organica è contenuta nella "New poor law" inglese del 1834). Da altro punto di vista, è stato sottolineato (T. Treu, *Ibidem*) che le prime assicurazioni obbligatorie vedono la luce nel contesto degli interventi contro le malattie e gli infortuni istituite dal cancelliere tedesco Bismarck nel 1883 e 1884 e poi estese ad altri rischi, vecchiaia, invalidità e più tardi disoccupazione, con una sequenza diversa secondo i Paesi. Sotto questo profilo, non è mancato chi ritiene che il concetto di Stato sociale veda la luce proprio nella Germania bismarckiana, allorché inizia a essere utilizzata il concetto di "Wohlfahrtsstaat", 'Stato del benessere', (tale termine è stato usato, la prima volta, in Germania da uno studioso socialista - Adolph Wagner - di scienze delle finanze che nei suoi studi teorizzò il ruolo interventista dello Stato nel garantire il benessere dei cittadini; in tal senso cfr. Y. Kazepov, D. Carbone, *Che cos'è il welfare state*, Bari 2007, 11) per definire i nuovi compiti sociali dello Stato. Adoperato in un'accezione negativa all'interno dei circoli rivoluzionari di destra durante la Repubblica di Weimar, che contrapponevano allo 'Stato del benessere' la 'Comunità di popolo' (cfr. L. Di Nucci, *Alle origini dello stato sociale nell'Italia repubblicana. La ricezione del Piano Beveridge e il dibattito nella Costituente* in C. Sorba (cur.) *La Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*. Atti del Convegno annuale Sissco, Padova, 2-3/12/1999, in <http://www.sissco.it>).

¹⁰ In senso analogo cfr. le riflessioni svolte da A. De Giorgi, *Oltre l'economia politica della penality: postfordismo e controllo della moltitudine*, in *Delitti e pene* (2000) 1-2 210.

¹¹ Si pensi, ad esempio, che: «Negli anni Settanta il prezzo del greggio raddoppiava, in pratica, ogni sei mesi. L'inflazione era alle stelle: 8-9% nei paesi "virtuosi", a due cifre per i meno (come l'Italia dove l'inflazione viaggiava al 12-14%). I tassi di interesse (nominali) arrivavano al 15-18%: pensavamo di essere alla disperazione», così A. Pedalino, A., *Ascesa e declino del neoliberalismo*, Roma 2017, 13.

¹² J.M. Keynes, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, (London, 1936), trad. it. a cura di T. Cozzi, Torino, 2006); è stato segnalato (E. Lo Monte, *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità. (dall'atrofia dello Stato sociale di diritto all'ipertrofia dello Stato penale)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* [2010] 4 23 ss.) che le teorie keynesiane richiedono la necessità di un intervento statale per uscire dalla crisi e per evitarla in futuro; si specifica che, secondo Keynes, in periodi di disoccupazione, appaiono giustificabili le politiche destinate a stimolare la domanda, attraverso un incremento della spesa pubblica. Tutto ciò perché, secondo l'economista britannico, il mercato lasciato a sé stesso è incapace di esprimere una domanda di piena occupazione; pertanto, risulta necessario che in talune circostanze sia lo Stato a incoraggiare la domanda.

¹³ Berta, *Prefazione* a J.M. Keynes, *Teoria generale*, cit. 7.

¹⁴ Sul liberalismo hayekiano critico verso le forme d'interventismo dello Stato, tra i vari contributi monografici, v. F. A. von Hayek, *L'utopia liberale. Pensieri liberali*, Roma 2002.

¹⁵ M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, (Chicago, 1962), trad. it. (*Capitalismo e libertà*) di R. Pavetto, Firenze 1967.

keynesiane o hayekiane, compito del resto di competenza degli specialisti di settore, ci preme porre in evidenza che i sistemi che si sostituiscono al “welfare” hanno precise ricadute sul piano dell’intervento statale di tipo penalistico. L’opera di smantellamento sul piano economico del sistema improntato al “welfare” avviene attraverso alcune direttive che possono essere così schematicamente sintetizzate: a) “deregulation”, nel senso di annullamento di tutte le regole che potessero intralciare l’accumulo del profitto; b) privatizzazioni, sulla base dell’idea della maggiore efficienza del privato rispetto al pubblico; c) riduzione delle spese sociali, e con esse quelle del “welfare”, perché avevano sortito l’unico effetto di indebolire gli incentivi al lavoro e alla competizione; d) rivisitazione del sistema fiscale, e quindi riduzione delle tasse e delle spese pubbliche. Si propugna, in tale fase storica, un nuovo modo di atteggiarsi dello Stato, che come primo obiettivo ha quello di abbandonare la sovrastruttura culturale e politica rappresentate dalle impostazioni keynesiane. Conseguenza da ciò un abbandono dell’intervento pubblico nell’economia perché il mercato dev’essere liberato da ogni vincolo in favore della politica del “laissez-faire”. Del resto per l’idea liberista «l’imprenditore ha una ed una sola responsabilità sociale: quella di usare le risorse a sua disposizione e di impegnarsi in attività dirette ad accrescere i profitti sempre con l’ovvio presupposto del rispetto delle regole del gioco, vale a dire dell’obbligo di impegnarsi in una aperta e libera competizione, senza inganno e senza frode»¹⁶.

Il paradigma neoliberale, guardato dall’ottica sociale, pone in essere politiche di “retrenchment of expenditures” (riduzione delle spese) e politiche di “economic retrenchment” (di restrizioni economiche), tutto ciò comporta una rilettura – al ribasso – del “welfare state” e con essa il ricorso a meccanismi di “prisonfare”¹⁷; ne è prova paradigmatica l’aumento dei tassi di incarcerazione del mondo occidentale che ha portato, successivamente, in Italia a sfiorare, nel 2010, la cifra di settantamila detenuti¹⁸.

Come posto in risalto il legame originario tra povertà, lavoro, forme della coesione sociale ed esercizio della penalità, si è intrecciato ai nuovi discorsi costruiti attorno ai temi della sicurezza, della legalità e dell’ordine sociale.

Le trasformazioni avvenute in ambito penale hanno incrociato quelle occorse nei contesti economici e lavorativi, in un rapporto di interdipendenza con i cambiamenti intervenuti nei sistemi di welfare oltre che con l’indebolimento dello statuto universalistico dei diritti e delle protezioni sociali¹⁹. L’erosione dei sistemi di protezione sociale²⁰ e le forme di tutela collettiva, che garantiscono diritti sociali anche a quanti non possono contare sulle protezioni offerte dalla proprietà privata, hanno prodotto una crescita ipertrofica dei discorsi incentrati sulla sicurezza, intesa come difesa dal crimine, e sulla criminalizzazione dei gruppi sociali marginali. Tali discorsi hanno accompagnato e giustificato un’espansione dei sistemi di controllo e repressione penale delle fasce marginali della società. In un certo senso «l’incapacità di affrontare i processi e le trasformazioni sociali è stata celata e dissimulata dalla pervasività dei discorsi e delle retoriche incentrate sulla sicurezza e dalla crescita delle strategie di controllo penale dei

¹⁶ Friedman, *Capitalism and Freedom*, cit. 207.

¹⁷ Sulla sostituzione del welfare con il *prisonfare*, cfr. F. Corleone, *La riforma penitenziaria e il fallimento del carcere*, in *Quest. giust.*, 2015, 2, consultabile anche su <http://questionegiustizia.it>.

¹⁸ L. Manconi-G. Torrente, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Roma, 2015, p. 15 ss.

¹⁹ A. Molteni-R. Monteleone-L. Nava, *Il welfare state alla prova del welfare penale*, paper per la IX Conferenza ESPAnet-Italia. “*Modelli di welfare e modelli di capitalismo. Le sfide per lo sviluppo socio-economico in Italia e in Europa*”, Macerata, 22-24/9/2016, in <http://www.espanet-italia.net>.

²⁰ Sulla frantumazione del *welfare state*, cfr. D. Garland, *Punishment and Welfare*, Gower, 1985.

marginali. Queste strategie, di fatto, evitano di dover prendere in considerazione l'insieme dei fattori che sono all'origine del senso di insicurezza e che sono prodotte dalla delinquenza quanto dall'insicurezza sociale»²¹.

2.1. - L'affermazione della dottrina 'tolleranza zero'

La crisi del "welfare state" ha comportato precise ricadute sul processo di ammodernamento del diritto penale o, se si vuole, di umanizzazione degli interventi penalistici, con ulteriori ricadute in termini di trattamento penitenziario sempre più in linea con forme di incapacitazione o di neutralizzazione del detenuto in aperta distonia con le finalità costituzionali riconosciute alla pena. In altre parole, alla diminuzione dello stato sociale ha corrisposto una crescita del sistema penale, in proporzione all'aumento delle fasce di povertà di intere categorie di soggetti²². In sintesi: meno stato sociale, più categorie disagiate, maggiore criminalizzazione delle forme di marginalità richiamando esigenze di sicurezza e di allarme sociale²³. Con il venir meno delle garanzie in tema di sicurezza sociale si sono accresciute le retoriche securitarie e le politiche di trattamento penale della marginalità sociale. Il ritirarsi delle opportunità di inclusione sociale, garantite dalle protezioni offerte dal lavoro e dall'assistenza, ha prodotto il riapparire delle "classes dangereuses", che permettono di mantenere e rafforzare la coesione e l'ordine sociale anche di fronte alla generale crisi delle agenzie di inclusione sociale²⁴. La legislazione penale degli ultimi trent'anni risponde ad una precisa filosofia che vede lo Stato ritirarsi davanti ai grandi problemi sociali (tra cui anche la regolamentazione del mercato) e, all'opposto, intervenire con provvedimenti tutto sommato semplicistici, confluenti verso un inasprimento della già elevata criminalizzazione in materia di sicurezza pubblica. Non pare possano sollevarsi dubbi sul fatto che si è in presenza di un corto circuito istituzionale, nella misura in cui qualunque fenomeno (dall'immigrazione alla violenza negli stadi, dalla c.d. sicurezza urbana al trattamento dei fatti di violenza sessuale, dalla legittima difesa al femminicidio, a forme di accattonaggio) venga letto attraverso le lenti deformanti dell'ideologia securitaria. Il mantenimento dell'ordine pubblico diventa così il luogo prediletto per dare seguito alle pulsioni più retrive della collettività, quale naturale conseguenza del diffuso sentimento di paura amplificato dagli organi di informazione²⁵. Esigenze prontamente colte da un legislatore particolarmente attento ad assecondare le spinte illiberali, spostando, in tal modo, l'attenzione dai temi di natura economica e, più in generale, di maggiore rilevanza sociale. Il discorso politico non si articola più nella domanda di trasformazione sociale o nella ricerca del benessere

²¹ Molteni-Monteleone-Nava, *Il welfare state*, cit.

²² G. Caputo, *Welfare state e politiche penali nell'Europa contemporanea*, 2008, in <http://www.adir.unifi.it>.

²³ Sullo stretto rapporto tra questione securitaria e crisi del modello dello Stato sociale, cfr. M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. pen.* (2009) 2 805 ss.

²⁴ In proposito, nell'ambito di una vasta letteratura, senza pretese di completezza, cfr. Z. Bauman, *Lavoro, consumismo e nuove povertà*, (trad. id. di M. Baccianini), Troina 2004; E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino 2014; L. Wacquant, *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, trad. it. di M. Ménard, Roma 2006; Id., *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Verona 2013; Id., *I reietti della città. Ghetto, periferia, stato* (trad. it. di A. Petrillo e S. Paone), Pisa 2016; Garland, *La cultura del controllo*, cit.; con particolare riferimento alle trasformazioni che stanno progressivamente erodendo le dighe erette dallo stato sociale e sui nuovi rischi, cfr. R. Castel, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, trad. it. M. Galzigna e M. Mapelli, Torino 2011.

²⁵ V. *infra* § 2.2.

collettivo come strumenti di rimozione delle cause sociali della devianza, bensì nell'accesso alla sicurezza come bene reperibile sul mercato²⁶.

L'inizio della lunga stagione securitaria può collocarsi, dunque, sul finire degli anni Novanta dello scorso secolo²⁷, quando – accanto ai problemi di natura economica – vengono recepite anche in Italia, in tutta la loro essenza, le esperienze nordamericane, prima, e inglesi, poi, con particolare riferimento alle strategie messe in atto dal Sindaco di New York, Rudolph Giuliani, nel periodo 1994-2001, al quale, generalmente, viene ascritto il 'merito' di aver per primo dato corso alla teoria della cd. tolleranza zero²⁸, il cui antesignano può essere rinvenuto nella 'teoria delle finestre rotte' ("broken windows theory") formulata nel 1982 dai criminologi James Q. Wilson e George Kelling pubblicata dalla rivista "Atlantik Monthly", poi divulgata dal "Manhattan Institute"²⁹.

Un'impostazione che sarebbe stata, successivamente, fatta propria da tutte le forze politiche presenti in Parlamento³⁰ – e, quindi, dal legislatore – che sul tema della sicurezza pubblica avrebbero incentrato le continue competizioni elettorali; attraverso la drammatizzazione dell'allarme collettivo i partiti politici avrebbero giustificato prese di posizione improntate ad un esasperato rigorismo, pur di intercettare il consenso dell'opinione pubblica. Meccanismo posto chiaramente in risalto dalla dottrina quanto ha evidenziato che la strumentalizzazione di «questa ossessione "securitaria" (...) per scopi di tornaconto elettorale» ha ispirato, ad esempio, la l. n. 251 del 2005 (c.d. ex Cirielli): «la quale scimmiettando l'ideologia punitiva statunitense della c.d. "tolleranza zero", identifica nei delinquenti recidivi (provenienti per lo più dalla classi subalterne) pericolosi "nemici" dell'ordine costituito, da isolare e neutralizzare con lunghe detenzioni in prigione»³¹.

I provvedimenti succedutisi risultano intrisi di una tale filosofia da tolleranza zero e si caratterizzano per l'ampliamento delle possibilità di irrogare misure *ante o praeter delictum*; per l'accentuata utilizzazione di istituti precautelari; per la forte anticipazione dell'intervento penale con l'uso di fattispecie incriminatrici, spesso, imperniate su fatti

²⁶ A. De Giorgi, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Milano 2000, 99.

²⁷ La 'questione sicurezza' inizia ad occupare una posizione preminente nei discorsi pubblici ed entra nella comunicazione politica come tema di propaganda elettorale a partire dagli anni Novanta, ove i sentimenti di sfiducia, rabbia, frustrazione, insicurezza trovano espressione in richieste di maggiore protezione dagli episodi di criminalità e, quindi in domanda di penalità, in tal senso cfr. R. Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, Milano, 2008, p. 38.

²⁸ Sul tema nell'ambito di una vasta bibliografia cfr. L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale* (1999), Milano 2000, 10 ss.; De Giorgi, *Zero Tolleranza* cit. 100 ss.

²⁹ Così Lo Monte, *Politiche neo-liberiste* cit. 23 ss., il quale riporta che secondo F. Tonello, *Il Manifesto*, <http://www.ilmanifesto.it>, la paternità della c.d. 'tolleranza zero' spetta a un programma chiamato *Safe and Clean Neighborhoods* sperimentato nel New Jersey negli anni '70. La novità fondamentale consisteva nel ritorno delle ronde a piedi per gli agenti di polizia, in modo da mostrare la loro presenza non solo ai potenziali criminali ma soprattutto a quelle figure sociali che criminologi, come George Kelling, sbrigativamente inseriscono tutti insieme nella categoria *disorderly people*, che potremmo tradurre con 'gente che dà fastidio'. Mendicanti, ubriaconi, tossicodipendenti, adolescenti in gruppo, prostitute e persone mentalmente disturbate dovevano essere 'tenuti a bada' dal poliziotto che, con la sua sola presenza, li scoraggiava dal mostrarsi o dall'infastidire la gente per bene.

³⁰ Com'è stato segnalato in proposito da M. Pavarini, *Il diritto penale per il "nemico"?*, in <http://www.ilsemesottolaneve.org/site/?p=56>, «il sistema della politica ha investito così i suoi pochi denari ancora non sperperati nel grande business del secolo: l'affare-sicurezza capace di moltiplicare esponenzialmente ricchezze e consenso. Ed è una gara che – presto annullata la vecchia distinzione tra destra e sinistra – cresce convulsamente senza regole, neppure quelle dettate dal pudore».

³¹ Fiandaca, Musco, *Diritto penale* cit. 766.

privi di dannosità sociale e, dunque, con l'aggiramento del principio di offensività; per la riproposizione di nuove fattispecie incriminatrice per fatti già sanzionati dall'ordinamento (con evidente problemi di *ne bis in idem* sostanziale); per il ricorso a regimi sanzionatori del tutto sganciati dal principio di proporzione e dalle finalità costituzionali della pena³².

2.2. - La rappresentazione mediatica della criminalità e la ricerca del consenso

L'affermazione delle teorie riportabili nel sintagma 'tolleranza zero' riceve un valido supporto dal circuito massmediale, che rappresenta un altro degli attori essenziali per comprendere lo svilimento del diritto penale di stampo illuministico, sostituito da forme sempre più accentuate di rigorismo punitivo.

I mezzi di informazione – la «“fabbrica dell'immaginario”»³³ – possono avere un effetto a breve termine sulle opinioni del consumatore, modificandone gli schemi cognitivi di rappresentazione della realtà, oppure effetti a lungo termine stabili e duraturi nel tempo, che influenzano i valori e i modelli di comportamento³⁴. In altra sede³⁵, abbiamo avuto modo di evidenziare il condizionamento della collettività attraverso la paura del crimine³⁶ e, in particolare, come i media abbiano un ruolo notevole «nel dar forma alle politiche pubbliche, influenzando ciò che pensa la gente»³⁷.

Il perseguimento di maggiori spazi di “audience”³⁸, per le connesse ricadute economiche legate alla pubblicità, hanno fatto sì che il contributo dei mezzi di informazione³⁹ – si pensi all'incidenza dei “talk show” televisivi – assumesse un ruolo rilevante nel

³² V. *infra* § 5.

³³ M. Maneri, F. Quassoli, *La criminalità come costruito culturale. Media, immigrazione e agenzie del controllo*, in C. Rinaldi, P. Saitta (cur.), *Criminologie critiche contemporanee*, Milano 2018, 143.

³⁴ Con specifico riferimento al settore dell'uso della *cannabis*, cfr. D. Candio, F. Bricolo, *L'influenza dei mass media sui comportamenti di consumo di sostanze stupefacenti*, in [iport.dronetplus.eu/com](http://port.dronetplus.eu/com).

³⁵ Cfr. M. Telesca, *Il contributo del binomio talk show/pubblicità alla deriva 'panpopulistica' del diritto penale*, in *Media Laws-Riv. dir. media*, 2022, 1, di cui se ne riporta in forma sintetica un breve stralcio.

³⁶ Più in generale, sulla capacità dei *mass-media* di influenzare le coscienze e sui rischi per la democrazia che il controllo e le manipolazioni degli stessi comporta cfr. M. Loporcaro, *Cattive notizie. La retorica senza lumi dei mass media italiani*, Milano, 2005, p. 28 ss.

³⁷ Altheide, *I mass media, il crimine e il 'discorso di paura'*, in *La televisione del crimine*, cit., p. 294; M. Fishman, G. Cavender, *Entertaining Crime: Television Reality Programs*, Michigan 2008; in precedenza, sul punto cfr. S. Chermak, *Victims In The News: Crime And The American News Media*, Michigan 1995, *passim*.

³⁸ Sull'«onnipotente “dio audienceometro”» quale «esclusivo metro per valutare la bontà o meno di un programma non più la sua qualità intrinseca, ma il livello di *audience* e di *share* – parole che pesano – e, quindi, degli introiti pubblicitari» v. F. Mantovani, *Stupidi si nasce o si diventa? Compendio di stupidologia*, Pisa 2018, 262.

³⁹ Per gli approfondimenti sull'«agire comunicativo» si veda J. Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, (Frankfurt am Main, 1999), *Verità e giustificazione*, Roma-Bari, 2001, 116, che distingue tra un «agire comunicativo nel senso *debole*» e «agire comunicativo nel senso *forte*»; sui «meccanismi comunicativi» legittimanti cfr. N. Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriss einer Allgemeinen Theorie*, (Frankfurt am Main, 1984), *Sistemi sociali*, Bologna 1990. Più in generale, per un approccio di tipo sistemico, sulle ragioni per le quali i *mass-media* rappresentano o costruiscono una certa realtà al fine di vagliarne le conseguenze rispetto al sistema penale, si rinvia alle esaustive riflessioni svolte da C.E. Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli 2007, 293 ss.; Id., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, (2012) 115 ss.

radicalizzare un clima di paura⁴⁰. Il circuito mediale ha finito per strumentalizzare la paura della gente facendola entrare «prepotentemente nelle decisioni e negli atti che organizzano la vita sociale e, prima ancora, nelle mentalità e sensibilità che competono nell'orientare quelle decisioni»⁴¹.

I mezzi di comunicazione (paradigmatico il ruolo svolto dai numerosi dibattiti televisivi) – per l'ampio spazio dedicato al crimine – anziché contribuire, attraverso un servizio informativo caratterizzato da obiettività, a rappresentare la reale portata degli eventi criminosi, hanno finito per esasperare le “paure” della collettività mediante l'utilizzo di una doppia morale rafforzatrice dell'idea di una “illegalità” «a geometria variabile»⁴²; l'area dell'illegalità risulta, così, «visibilmente determinata da una topologia implicita ma efficace, che si basa sul “noi” come criterio decisivo per stabilire se qualcosa è illegale o stigmatizzabile. Il senso comune prevalente, maggioritario, tende a minimizzare le infrazioni commesse da “noi” e a sopravvalutare quelle commesse da “loro”. (...) Questo doppio regime vale a maggior ragione per i crimini più gravi. Se un cittadino uccide un ladro straniero che gli sta rubando la macchina, verrà implicitamente assolto o approvato dall'opinione pubblica; se uno straniero uccide un locale, magari in una rissa del tutto fortuita, provocherà immediatamente la mobilitazione degli imprenditori morali e un giro di vite da parte delle autorità. Apparentemente, questo doppio regime, cognitivo e morale, non crea alcun conflitto nel senso comune o opinione prevalente»⁴³. Il perseguimento del fine economico da parte dell'informazione – connesso ai livelli di ascolto – alimenta la diffusione, all'interno della popolazione, della convinzione di essere di fronte al dilagare di forme di criminalità sempre più violente⁴⁴. Il principale risultato, connesso al «“discorso di paura”», è di favorire un senso di disordine e la convinzione che le «cose siano fuori controllo»⁴⁵: nonostante la diminuzione dei tassi di criminalità «è aumentata l'insicurezza a causa della distanza crescente tra percezione e realtà»⁴⁶. Ne discende un'amplificazione delle paure della collettività che raggiunge, in alcuni casi, forme di panico; l'opinione pubblica, per allontanare i rischi di vittimizzazione individuale, chiede risposte drastiche.

In altre parole, i mezzi di ‘informazione’ hanno la capacità di incidere sulla realtà e conseguentemente, finiscono per influenzare il legislatore nell'emanazione di determinati provvedimenti. Gli organi di informazione, dunque, alimentano continuamente una sorta di circolo vizioso fondato sulla paura diffusa fino ad assumere contorni emergenziali tali da giustificare risposte indifferibili, funzionali a calmare l'ansia collettiva⁴⁷. Il circuito

⁴⁰ Per una definizione condivisa della ‘paura della criminalità’ si v. R. Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, Milano 2008, 75 ss.

⁴¹ Così R. Cornelli, *La paura nel campo penale*, (7/9/2016), in *questionegiustizia.it*.

⁴² A. Del Lago, E. Quadrelli, *La città e le ombre. Crimini, criminali, cittadini*, Milano, 2003, p. 318.

⁴³ Del Lago, Quadrelli, *La città e le ombre* cit. 178.

⁴⁴ Sul concreto rischio invece - insito nella scoperta dell'enorme portata in termini di ascolto che la trattazione sui media degli eventi criminali e la moltiplicazione delle notizie e delle trasmissioni ad essi dedicate - che si diffonda all'interno della popolazione la convinzione di essere di fronte al dilagare di forme di criminalità sempre più violente, cfr. S. Curti, *Criminologia e sociologia della devianza. Un'antologia critica*, Padova 2014, p. 215, a cui si rinvia per dei riscontri di ordine statistico.

⁴⁵ Altheide, *I mass media, il crimine e il ‘discorso di paura’* cit., 297.

⁴⁶ Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici* cit., 79.

⁴⁷ Sulla sovrarappresentazione della criminalità come fenomeno molto più presente di quello che è in realtà e sull'aumento del rischio percepito, cfr. recentemente M. Caterini, *La sovranità penal-mediatica. La mercificazione del ‘prodotto’ politico-criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione*, in E.R. Zaffaroni, M. Caterini (cur.), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padova,

massmediale – approfittando del «tendenziale colpevolismo dell'opinione pubblica» in quanto le garanzie «non fanno parte della cultura di massa e neppure del senso comune»⁴⁸ – contribuiscono, in tal modo, all'esaltazione del fenomeno criminoso e all'instaurazione di un ambiente da 'tolleranza zero', che spingono verso la predisposizione di qualunque misura repressiva nei confronti di quei soggetti ritenuti in qualche modo fonte di paura. In una tale ottica – alterata in radice per le ragioni sinora richiamate – il legislatore (*id est*, la classe politica), nell'incapacità di selezionare reali obiettivi perseguibili attraverso una razionale politica criminale, trova terreno fertile per 'cavalcare' l'impostazione che sia «la rappresentazione della criminalità a dominare, ancor prima che la repressione della criminalità»⁴⁹ rinvenendo, così, un proprio tornaconto. Con un interessato calcolo funzionale ad intercettare le simpatie dell'opinione pubblica, in un primo momento asseconda, poi alimenta e, infine, sfrutta le sollecitazioni provenienti dalla collettività vittima della paura, per un duplice ordine di ragioni: a) accondiscende alle richieste diffuse di rigorismo sanzionatorio e, in tal modo, lucra sulla trasformazione della paura in consenso; b) distoglie l'attenzione da temi di maggiore rilevanza sociale come quelli di natura economica⁵⁰ e, di nuovo, guadagna in termini di approvazione per semplicistiche politiche di rigore. Si assiste, pertanto, ad una chiara strumentalizzazione dello slogan 'legge e ordine' diventato «forse il principale *selling point* dei manifesti politici»⁵¹. Un siffatto *modus operandi* appare funzionale a quella 'costruzione del consenso', già posta in evidenza in passato⁵², nonostante le gravi ripercussioni sul corretto funzionamento del sistema penale alla luce di interventi normativi avulsi da una razionale politica criminale. Com'è stato efficacemente sostenuto: «Da molti anni l'uso demagogico e congiunturale del diritto penale, diretto a riflettere e ad alimentare la paura

2014, p. 161; evidenza lo scarto tra l'influenza sul pubblico della rappresentazione mediatica dei fatti criminali e l'analisi delle ricadute che possono avere i vari programmi televisivi in termini di pressioni e influenzamento psicologico, G. Marotta, *Introduzione: criminologia e processi comunicativi*, in G. Marotta (a cura), *Profili di criminologia e comunicazione*, Milano 2014, 11.

⁴⁸ Ferrajoli, *Il populismo penale*, cit., p. 79 e sostiene, ancora, che gli imputati, secondo l'opinione corrente, non si presumono innocenti, ma colpevoli. Il garantismo non fa parte del senso comune, che ha bisogno, purtroppo, di avventarsi immediatamente su capri espiatori.

⁴⁹ D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza. Teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*, Milano 2002, 245; sui rischi di possibili sviamenti per effetto della rappresentazione mediatica della criminalità, recentemente, cfr. F.C. Palazzo, *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in *Riv. dir. dei media* (2018) 3 2; Paliero, *La maschera e il volto* cit., 289 ss.; sulla spettacolarizzazione del processo, cfr. G. Spangher, «Processo mediatico» e giudici popolari nei giudizi delle Corti d'Assise, in *Corte d'Assise*, 2011, p. 117 ss.; rappresentazione può essere politicamente più importante dell'efficacia reale nonostante i due piani (rappresentazione e realtà) non coincidano, cfr. D. Pulitanò, *Intervento*, (21/12/2016), in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, in *penalecontemporaneo.it*.

⁵⁰ Sul rapporto intercorrente tra le scelte di politica criminale e la situazione economica cfr. Barlow, *La natura ideologica delle notizie sul crimine*, in *La televisione del crimine*, cit., p. 308; più in generale sull'importanza delle forze politiche, economiche e sociali sulla formazione e lo sviluppo delle istituzioni e delle pratiche di polizia di controllo sociale, D.E. Barlow-M. H. Barlow, *A political economy of community policing*, in *Policing: An International Journal*, 1999, 22, 4, p. 646 ss.

⁵¹ Z. Bauman, *Modus vivendi. Inferno e utopia nel mondo liquido* (2006), trad. it. di S. D'Amico, Roma-Bari 2007, 12.

⁵² Cfr. W. Lippman, *Pubblica opinione* (Londra 1921), trad. it. di C. Mannucci, Roma 2004, 31 ss. e 230 ss.; nella stessa ottica, sulla conoscenza indiretta ricavata dai resoconti dei mass media, cfr. G. Engel-K. Lang, *Watergate: un'esplorazione del processo di costruzione dell'agenda*, in S. Bentivegna (cur.), *Mediare la realtà. Mass media, sistema politico e opinione pubblica*, Milano 1994, 158.

Università degli Studi di Salerno

quale fonte di consenso elettorale tramite politiche e misure illiberali tanto inefficaci alla prevenzione della criminalità quanto promotrici di un sistema penale disuguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali – in breve il populismo penale – forma un tratto caratteristico delle nostre politiche securitarie»⁵³. Il legislatore – incurante del «forte divario tra l’immagine del crimine trasmessa all’informazione televisiva e giornalistica e la sua definizione nelle aree scientifiche pertinenti criminologia, diritto penale, politica criminale»⁵⁴ – sfrutta i meccanismi forniti dai mass media⁵⁵ per rimpinguare la ‘fabbrica di illusioni’⁵⁶ e spostare le attenzioni della collettività e, con esse, le proprie responsabilità dagli irrisolti problemi di natura economico-sociale. Un meccanismo che utilizza l’appeal politico del carcere che si rinviene anche e soprattutto nell’offerta di rassicurazione: «il condannato in carcere viene percepito da molti come più sicurezza»⁵⁷.

3. - Il dato normativo: pacchetti sicurezza e inasprimento sanzionatorio in tema di patrimonio

I provvedimenti emanati dal legislatore in tema di sicurezza pubblica riassumono tutte le considerazioni sinora svolte; si tratta di numerose disposizioni di legge ampiamente sottoposte a vaglio critico dalla dottrina. Ai fini delle presenti considerazioni ci soffermeremo, pertanto – anche per evitare superflue ripetitività – esclusivamente su alcuni settori.

Uno degli ambiti maggiormente interessati dalla normazione emergenziale è rappresentato dai fatti contro il patrimonio (il furto è, via via, divenuto l’oggetto prediletto dei vari pacchetti sicurezza; stesso ordine di considerazioni possono svolgersi per quanto concerne la rapina, l’estorsione o il danneggiamento) che pongono in risalto un forte irrigidimento delle sanzioni, con il risultato che la scala delle cornici edittali risulta sganciata dal principio di ragionevolezza della pena e, quindi, del tutto avulsa dal sistema⁵⁸.

La l. n. 128/2001 (c.d. pacchetto sicurezza Diliberto-Jervolino)⁵⁹ si è limitata a trasformare in autonome fattispecie incriminatrici il furto in abitazione e il furto con strappo (ora disciplinate dall’art. 624-bis commi 1 e 2 c.p.) che in passato erano previste come circostanze aggravanti dall’art. 625 c.p. La trasformazione delle circostanze in fattispecie autonome – al fine di contrastare la criminalità diffusa che genera, oltre alle ripercussioni patrimoniali sulla persona, anche un collettivo senso di insicurezza incidendo negativamente sulla qualità della vita quotidiana⁶⁰ – a cui va aggiunta la

⁵³ Ferrajoli, *Il populismo penale* cit. 79.

⁵⁴ Forti, Radaelli, *La rappresentazione televisiva del crimine* cit. 185.

⁵⁵ Con particolare riferimento ai *social network* che canalizzano buona parte della paura e della frustrazione che si rinvergono nella vita politica attraverso la manipolazione psicologica dei cittadini, cfr. J. F. Sánchez Barrilao, *La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione*, in *Media Laws-Riv. dir. media* (2021) 1 53.

⁵⁶ E. Musco, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1993) 85 ss.

⁵⁷ D. Pulitanò, *Il penale tra teoria e politica*, in *Dir. pen. contem.-Riv. trim.* (2020) 4, 3.

⁵⁸ D. Pulitanò, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.* (2008) 9, 1077.

⁵⁹ In proposito cfr. P. Pisa, *Le misure restrittive del «pacchetto sicurezza»*, in *Dir. proc. pen.* (2001) 939 ss.; G. Insolera, *Qualche riflessione sul «pacchetto sicurezza»*, in *Ind. pen.* (2002) 947 ss.; B. Galgani, *Le modifiche al c.p. «pacchetto sicurezza»*, in *Studium iuris* (2002) 12 ss.; C. Bonzano, *Il nuovo assetto dei delitti di furto*, in G. Spangher (cur.), *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza*, Milano 2001.

⁶⁰ F. Mantovani, *Delitti contro il patrimonio*⁷, Padova 2018, 4; più in generale Id., *Furto in abitazione e furto con strappo*, in *Dig. disc. pen.*, II, *Aggiornamento*, Torino 2004.

triplicazione della pena pecuniaria nel minimo, ha comportato il venir meno del bilanciamento delle circostanze.

L'aggravamento del regime sanzionatorio ha consentito al legislatore di lanciare un messaggio rassicurante alla collettività, benché non siano stati messi in moto reali meccanismi per prevenire le ipotesi di furto. Nuove circostanze aggravanti concernenti il furto sono state inserite, successivamente, nel corpo dell'art. 625 c.p., dalla l. n. 94/2009 e dal d.l. n. 93/2013 conv. in l. n. 119/2013. L'ampliamento delle sanzioni viene, spesso, giustificato su ragioni contingenti come nel caso del furto di «componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica» (art. 8, co.1, l. n. 119/2013 che modifica il richiamato art. 625 co. 1 c.p.). Inoltre, la l.n. 103/2017 ha modificato in senso repressivo il regime delle circostanze in tema di furto in abitazione e furto con strappo di cui all'art. 624-bis c.p. Le nuove circostanze vengono estese ai delitti di rapina e di estorsione, con effetti problematici derivanti, da un lato, «dal diseguale grado di riscontro empirico-criminologico che la stessa circostanza registra in rapporto a diversi delitti cui è normativamente riferita, dall'altro, dalla scelta di sottoporre solo alcune di tali circostanze di nuovo conio al regime di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.»⁶¹. Non si comprendono le ragioni sul terreno politico-criminale di una tale opzione che prosegue «la linea ondivaga in materia di circostanze, ove la casualità delle scelte legislative suscita dubbi ben più radicali sulla razionalità dell'attuale disciplina»⁶². Nell'ipotesi della rapina, la l. n. 103/2017 ha modificato il regime sanzionatorio elevando le sanzioni nei casi precedentemente aggiunti da altre disposizioni di legge (l.n. 94/2009⁶³ e d.l.n. 93/2013). E, invero, con l'art. 3, co. 27 lett. a) della l. n. 94/2009 il legislatore aveva inserito tre nuove circostanze aggravanti speciali «che per effetto del richiamo di cui all'art 629, 2° comma, c.p. risultano estensibili anche al delitto di estorsione»⁶⁴. La pena attualmente prevista è della reclusione da cinque anni a venti anni e della multa da 1.290 euro a 3.098 euro. Infine, è stato modificato il regime sanzionatorio anche per le ipotesi di estorsione che raggiunge i venti anni di reclusione in presenza di circostanze aggravanti (l. n. 3/2012). Inasprimenti di pena sono stati predisposti dal d.l. n. 113/2018 (art. 20) in materia di invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto; ulteriori aggravamenti sanzionatori sono previsti qualora il fatto sia compiuto da più di cinque persone.

Recentemente, la l. n. 36 del 26 aprile 2019 ha provveduto ad un'ennesima serie di aumenti di pena; sono state infatti potenziate le pene edittali per il furto in abitazione e il furto con strappo (art. 624-bis c.p.), per la rapina (art. 628 c.p.) e per la violazione di domicilio (art. 614 c.p.). È stato sottolineato, in proposito, che nel giro di meno di due

⁶¹ A. Gargani, *Art. 3, co. 26*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (cur.), *Commentario al "Pacchetto sicurezza"*, L. 15 luglio 2009, n. 94, di i, Torino 2011, 410.

⁶² P. Pisa, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Dir. pen. proc.* (2009) 8 ss.

⁶³ Sul pacchetto sicurezza, tra i primi commenti, cfr. A. Barazzetta et al., *"Decreto sicurezza": tutte le novità*, Milano 2008; V. De Gioia, *Sicurezza pubblica*, Forlì 2008; L. Nacciarone, *Il pacchetto sicurezza*, Santarcangelo di Romagna 2008.

⁶⁴ A. Gargani, *Art. 3, co. 27*, in *Commentario al "Pacchetto sicurezza"*, cit., p. 416; in proposito sul concorso di circostanze cfr. C. Ruga Riva, *Una nuova parola d'ordine: lotta senza quartiere contro l'"illegalità diffusa"*, in O. Mazza, F. Viganò (cur.), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009. Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Torino 2009, 142.

anni la pena minima per la rapina non aggravata è passata da tre a cinque anni di reclusione. Vistoso anche l'incremento delle pene (minima e massima) per il furto in abitazione e per il furto con scasso: originariamente (2001) era prevista la reclusione tra uno e tre anni mentre, attualmente, il fatto viene sanzionato con la pena limitativa della libertà che varia da quattro a sette anni⁶⁵.

È facile notare come l'irrigidimento delle sanzioni avvenga sulla base di mere contingenze e senza alcun disegno politico-criminale di ordine generale che tenga conto anche del regime sanzionatorio previsto per altri beni giuridici, quanto meno paragonabili a quelli in tema di patrimonio: solo per fare un esempio la fattispecie di commercio o somministrazione di medicinali guasti (art. 443 c.p.) viene punita con la stessa pena limitativa della libertà stabilita per il furto semplice pur venendo in evidenza un fatto che attiene all'incolumità pubblica.

3.1. - Il trattamento degli extracomunitari

Un'altra conferma della deriva repressiva verso ben individuate categorie di soggetti, che caratterizza la legislazione penale contemporanea, si ricava dall'analisi della normativa in materia di immigrazione.

Sin dal d.l. n. 416/1989, passando per d.l. n. 489/1995, per la l. n. 40/1998 (poi Testo Unico dell'Immigrazione, d.lgs. n. 286/1998), per la l. n. 189/2002, per il d.l. n. 92/2008, per il d.l.n. 13/2017, per finire al recente d.l. n. 113/2018 (che dedica alla questione degli immigrati ben 14 articoli dei 40 che compongono il testo di legge) è facile cogliere una sorta di *escalation* finalizzata, con misure penalistiche e amministrativistiche, all'espulsione degli extracomunitari.

Molteplici le cause che hanno generato una tale situazione.

L'ideologia securitaria, utilizzando meccanismi funzionali ad altri meno nobili scopi (alla accennata captazione del consenso⁶⁶), finisce per concepire la 'questione immigrati' come un semplicistico problema di natura criminale⁶⁷. Ciò ha comportato che il fenomeno migratorio venisse affrontato in un'ottica di mera questione di ordine pubblico, da trattarsi con misure apertamente repressive e discriminatorie nei confronti dei migranti non in regola con la disciplina del soggiorno. Agli stessi viene rimproverato il fatto di contribuire al dilagare di quel sentimento collettivo di insicurezza e di paura che domina il dibattito politico⁶⁸.

L'analisi dei vari interventi normativi evidenzia, pertanto, un comune denominatore che può essere sintetizzato nell'attuazione di una varietà di interventi funzionali a 'sanzionare' l'extracomunitario in quanto 'individuo' generatore di insicurezza. L'epopea

⁶⁵ E. Dolcini, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, (22/5/ 2019), in <https://www.penalecontemporaneo.it>.

⁶⁶ V. *supra* § 2.2.

⁶⁷ Si tratta di un argomento molto approfondito da varie angolature; nell'ambito di una ricca letteratura cfr. A. Dal Lago, *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2004; F. Quassoli, *Immigrazione uguale criminalità. Rappresentazioni di senso comune e pratiche organizzative degli operatori del diritto*, in *Rass. it. soc.*, 1999, 1; Id., *La criminalizzazione dei migranti: dalle politiche migratorie alle prassi del sistema giudiziario*, in F. Berti-A. Malevoli, *Carcere e detenuti stranieri. Percorsi trattamentali e reinserimenti*, Milano, 2004; D. Melossi, *Il giurista, il sociologo e la "criminalizzazione" dei migranti: che cosa significa "etichettamento" oggi?*, in *Studi quest. crim.* (2008) 3.

⁶⁸ In tale senso cfr. L. Masera, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reali dei diritti*, in *Il "pacchetto sicurezza"* 2009, cit., 28.

della sicurezza pubblica⁶⁹ finisce per interpretare solo alcuni fatti (estrapolati da un contesto più generale) come fattori di insicurezza, con la conseguenza di attivare meccanismi di controllo di categorie devianti⁷⁰ (l'immigrato inteso come soggetto socialmente pericoloso perché tale). In questi casi a venire in rilievo non sono dati empirici ma il fatto che la percezione del crimine, non diversamente dalle idee di sicurezza e pericolosità, si fonda su rappresentazioni sociali⁷¹.

Il legislatore, con l'art. 1, co. 1, lett. f), del d.l. n. 92/08, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della l. n. 125/08, era intervenuto altresì sul sistema delle circostanze prevedendo la c.d. aggravante della clandestinità, «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale» (art. 61, n. 11-*bis*, c.p.).

Riserve critiche⁷² in ordine alla «compatibilità con i principi costituzionali a cominciare dal principio di uguaglianza» dell'aggravante soggettiva di cui all'art. 61 n. 11-*bis* c.p. venivano avanzate dalla dottrina⁷³, che evidenziava, ancora, l'illiberalità della norma che «aggrava(va) la responsabilità penale per il fatto di 'essere' clandestino, non perché si esig(eva) che la clandestinità (avesse) favorito, agevolato o reso possibile il reato commesso»⁷⁴. Sotto altri profili veniva posto in evidenza il carattere irragionevole della disposizione, applicabile nei confronti di cittadini extracomunitari verso i quali valeva una sorta di presunzione di pericolosità connessa alla violazione della disciplina sul soggiorno⁷⁵; pienamente congruente la dichiarazione di incostituzionalità della richiamata circostanza⁷⁶.

⁶⁹ L. Wacquant, *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, Roma 2006.

⁷⁰ D. Garland, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Roma, 2004.

⁷¹ C. Blengino, *Introduzione*, a *Stranieri e insicurezza. Riflessioni sul volto oscuro dello stato di diritto*, Napoli 2015, 11.

⁷² Per una serrata critica verso una tale impostazione che punisce il migrante in quanto tale e, dunque, non un fatto, ma una condizione personale, cfr. (l.p.) Editoriale. *Migranti, nemici, "coatti"*, in *Quest. giust.* (2009) 4, p. 6. Per un inquadramento della nuova circostanza, nell'ambito di un'ampia bibliografia, cfr. G.L. Gatta, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in Barazzetta et al., "Decreto sicurezza", cit. 27 ss.; V. Plantamura, *La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio nazionale*, in S. Lorusso (a cura), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, di, Padova, 2009, p. 271 ss.; Masera, *Immigrazione, in Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., 7 ss.; A. Peccioli, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc. – Speciale immigrazione* (2009) 1, 42 ss.

⁷³ Ci si riferisce a G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁵, Bologna 2008, *Addenda: d.l. 23 maggio 2008, n. 92 "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica", conv. con modificazioni, in l. 24 luglio 2008, n. 125*, p. 3.

⁷⁴ Cfr. M. Donini, *Il cittadino extracomunitario* cit. 128.

⁷⁵ L. Masera, *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*, in *Corr. mer.* (2008) 1175 ss.

⁷⁶ Corte cost. 8/7/2010, n. 249, in <http://www.eius.it/giurisprudenza>; il Collegio – richiamando precedenti decisioni – afferma che i diritti inviolabili spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (sent. n. 105/2001). La condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato. Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo così una responsabilità penale d'autore «in aperta violazione del principio di offensività» (sent. n. 354/2002). D'altra parte «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero» (sent. n. 62/1994). Ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, «il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione

3.2. - Le misure contro homeless, parcheggiatori abusivi e ‘graffitari’.

Ulteriore settore che conferma lo slittamento verso l'impostazione da diritto penale d'autore è rappresentato dai provvedimenti in tema di *homeless*, parcheggiatori abusivi e ‘graffitari’; in proposito possono essere richiamate le disposizioni di cui ai dd.ll. n. 14/2017 (conv. in l. n. 48/2017⁷⁷) e n. 113/2018 (conv. in l. n. 132/2018), per le rilevanti modifiche apportate in materia di sicurezza urbana⁷⁸. Si tratta di interventi legislativi che, nonostante le diverse ideologie del governante di turno, «hanno interessato il campo della sicurezza urbana in modo tendenzialmente omogeneo»⁷⁹.

Con il primo dei provvedimenti evocati (c.d. decreto Minniti) si mira, espressamente, a rafforzare la sicurezza urbana; il concetto di sicurezza urbana – «concetto pigliatutto»⁸⁰, connotato da «versatile ambiguità»⁸¹ per l'ampiezza dei contorni indefiniti⁸² – viene delineato dall'art. 4 dello stesso decreto nei termini di «bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale e recupero delle aree o dei siti degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo Stato, le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni».

Il nuovo concetto di sicurezza urbana viene in evidenza come oggetto sul quale il Sindaco può intervenire con proprie ordinanze e si colloca all'interno del preesistente concetto di sicurezza pubblica. L'intento del legislatore è chiaramente quello di enfatizzare il coinvolgimento del Sindaco nel governo della sicurezza pubblica a livello locale, quale

dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante» (sent. n. 366/1991 e n. 63/1994).

⁷⁷ Per un commento al decreto, con riferimento alla sicurezza urbana, cfr. R. Cornelli, *Decreto sicurezza, un concetto “pigliatutto” poco mirato sui diritti*, in *Guida dir.* (2017) 13 10 ss.; C. Ruga Riva, *Inosservanza di provvedimenti dell'autorità e ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana. Nuove questioni, vecchi problemi*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (cur.) *Studi in onore di Mario Romano*, 2001, III, p. 1685 ss.; Id., *Diritto penale e ordinanze sindacali. Più sanzioni per tutti, anche penali?*, in *Le Regioni* (2019) p. 1; Id., *Il d.l. in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi?*, in <https://www.penalecontemporaneo-Riv. trim., 2017, 3, p. 272 ss.>; C. Forte, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e D.A.S.P.O. urbano*, ivi (2017) 5 175 ss.

⁷⁸ Sulla sicurezza urbana quale «bene giuridico onnivoro» caratterizzato da scarsissima capacità selettiva dei comportamenti e «non privo di venature estetiche (il decoro delle città) e soggettivo-emozionali», cfr. C. Ruga Riva, R. Cornelli, A. Squazzoni, P. Rondini, B. Biscotti, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, in [⁷⁹ Cfr. R. Cornelli, *La sicurezza urbana e i suoi custodi* cit. 231.](https://www.penalecontemporaneo-Riv. trim., 2017, 4, p. 226, e ancora, (p. 227) la sicurezza urbana più che come bene giuridico afferrabile «si pone come un'aspirazione esistenziale alla vita serena» ovvero come «obiettivo politico di benessere delle comunità territoriali».</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁸⁰ Cfr. M. Pavarini, *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Roma 2006, 56.

⁸¹ Cfr. Cornelli, *La sicurezza urbana* cit. 233.

⁸² Cfr. P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania, P. Ridola (cur.), *I diritti costituzionali*, Torino 2005, 138.

longa manus dello Stato cui si rivolge, per il tramite del Prefetto, e con il quale collabora, mettendo a disposizione i propri servizi di vigilanza urbana⁸³.

Il riferimento allo Stato, alle Regioni e alle Province autonome di Trento e di Bolzano e agli enti locali va letto nell'ottica della c.d. sicurezza integrata; si tratta di un concetto non privo «di elementi tautologici e che trova nel laconico riferimento al benessere della comunità un ancoraggio ideale»⁸⁴.

L'art. 8 della medesima legge n. 113/2018 modifica l'art. 54, co. 4-*bis* del Testo Unico degli Enti Locali (c.d. T.U.E.L. d.lgs. n. 267/2000) che nella nuova versione così reca: «I provvedimenti adottati ai sensi del comma 4 concernenti l'incolumità pubblica sono diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti»⁸⁵.

A ciò si aggiunga che al Sindaco, quale ufficiale di Governo, per effetto delle precedenti innovazioni apportate all'art. 54 T.U.E.L. (art. 6 del d.l.n. 92/2008) veniva riconosciuto il potere di adottare, con atto motivato, provvedimenti anche contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento⁸⁶, «al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccia(va)no l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»⁸⁷.

⁸³ In tal senso cfr. A. Manzione, *Potere di ordinanza e sicurezza urbana: fondamento, applicazioni e profili critici dopo il decreto legge n. 14 del 2017*, in *federalismi.it* (2017) 9 12, a cui si rinvia per un esaustivo quadro della giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto.

⁸⁴ Così Cornelli, *La sicurezza urbana* cit. 231.

⁸⁵ Il concetto di sicurezza urbana riportato nel testo si pone in linea con la definizione data dal d.m. Interno 5/8/2008 (c.d. decreto Maroni, emanato in attuazione della l. n. 125/2008) (in *Gazz. Uff.* 9/8/2008 n. 186): «bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità dei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale». Il decreto in parola (art. 1) riconosceva al Sindaco il potere di adottare misure per prevenire e contrastare: «a) le situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili e i fenomeni di violenza legati anche all'abuso di alcool; b) le situazioni in cui si verificano comportamenti quali il danneggiamento al patrimonio pubblico e privato o che ne impediscono la fruibilità e determinano lo scadimento della qualità urbana; c) l'incuria, il degrado e l'occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni indicate ai punti a) e b); d) le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico; e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente».

⁸⁶ Per una considerazione in termini positivi dell'ampliamento dei poteri del Sindaco cfr. G. Caia, *L'amministrazione della pubblica sicurezza e le forze di polizia: L'assetto delle competenze ed il coordinamento in relazione ai recenti interventi normativi*, <https://www.prefettura.it>, 78 ss., secondo cui queste disposizioni devono essere salutate con favore, sia perché rappresentano il riconoscimento ordinamentale dell'evoluzione del ruolo delle autonomie territoriali per la sicurezza pubblica, sia perché – attraverso adeguate previsioni di coordinamento organizzativo e procedimentale – si preoccupano di assicurare un corretto raccordo con le Autorità statali di pubblica sicurezza e con le Forze di polizia (statali).

⁸⁷ Nell'ambito di una vastissima letteratura in tema di poteri di ordinanza, con riferimento al tema della sicurezza, fra gli altri, cfr. M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli 2011, 735 ss.; M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (2005) 641 ss.; G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010, 155 ss.; Id., *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana (dopo la legge Minniti)*, in *Federalismi.it* (3/1/2018), p. 2 ss.

Ne scaturisce, in tal modo, un deciso potenziamento dei poteri del Sindaco (nonché del Questore e del Prefetto) nell'adozione di 'ordinanze contingibili e urgenti' finalizzate a salvaguardare, non solo la pubblica incolumità – come si verificava in passato – ma anche il 'nuovo' interesse della 'sicurezza urbana'. Queste tre figure assurgono a depositari della pubblica sicurezza, attraverso l'ampia possibilità di irrogare misure di prevenzione⁸⁸.

L'aspetto maggiormente insoddisfacente va rinvenuto nel fatto che, in tal modo, si finisce per delegare ai Sindaci l'attivazione di mezzi di contrasto e di prevenzione per comportamenti che il legislatore penale «già incrimina autonomamente (sfruttamento prostituzione, tratta di persone, spaccio di stupefacenti), o che già ha ritenuto di depenalizzare, configurandoli come illecito amministrativo (ubriachezza in luogo pubblico) o abrogare (accattonaggio)»⁸⁹, in questi ultimi casi con evidenti problemi di *ne bis in idem* amministrativo.

I poteri di contrasto al degrado del territorio e la promozione del decoro e della vivibilità urbana mal si conciliano con la vaghezza degli scopi perseguiti⁹⁰. Del resto, l'introduzione di concetti evanescenti (la 'sicurezza urbana') è in grado di legittimare la più variegata gamma di interventi, assestando duri colpi ai tentativi di irrigidimento formale di una tipologia di provvedimenti i cui contenuti risultano per così dire ontologicamente incompatibili con qualsiasi forma di rigorosa tipizzazione⁹¹.

Le esperienze passate, in verità, meritavano tutt'altra attenzione da parte del legislatore nel riconoscere poteri meno penetranti ai Sindaci, alla luce della dimostrata creatività degli stessi di porre in essere – attraverso ordinanze contingibili e urgenti – atti limitativi delle libertà delle persone. Ed invero, il precedente intervento (d.l. n. 92/2008, conv. in l. n. 125/2008) aveva dato la stura ad un proliferare di provvedimenti dai contenuti marcatamente variegati, talvolta anche bizzarri, in una lotta mirata più a fronteggiare la percezione che a perseguire fattori di oggettiva insicurezza. Nell'agosto del 2009, e quindi a poca distanza di tempo dall'entrata in vigore della ricordata novella (l.n.125/2008), se ne censivano 788, dalle tipologie più disparate: dalla lotta ai lavavetri o alla mendicizia cosiddetta "molesta" (con tutte le problematiche insite nell'esatto inquadramento della stessa), al più fantasioso divieto di utilizzo degli zoccoli – in quanto rumorosi – in esclusive località balneari⁹².

L'intervento del legislatore, con i provvedimenti prima richiamati, amplia, ancora una volta, i poteri del Sindaco e del Questore in tema di sicurezza urbana; non a caso il Capo II del d.l. n. 14/2017 è rubricato: «Disposizioni a tutela della sicurezza delle città e del decoro urbano». Più in dettaglio gli artt. 9 e 10 del ricordato decreto introducono il c.d. "Daspo urbano"⁹³; la prima norma riconosce al Sindaco il potere di

⁸⁸ Non sono mancate voci che hanno evidenziato, in proposito, alcuni dubbi di costituzionalità cfr. S. Villamena, *Le ordinanze del Sindaco dopo le riforme del 2008: tra conferme e (problematiche) novità*, in R. Acquaroli (cur.), *Il diritto penale municipale*, Macerata 2009, 40 ss.; P. Cavaleri, *Diritti fondamentali e ordinanze dei sindaci*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (cur.), *Studi in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III – *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli 2009, 939 ss.

⁸⁹ Cfr. Ruga Riva, *La sicurezza urbana* cit. 226.

⁹⁰ Cfr. Ruga Riva, *La sicurezza urbana* cit. 227.

⁹¹ In tal senso cfr. Manzione, *Potere di ordinanza e sicurezza urbana: fondamento* cit. 4.

⁹² Manzione, *Potere di ordinanza e sicurezza urbana* cit. 2-3.

⁹³ È stato evidenziato sul punto che dovrebbe parlarsi più che di Daspo urbano di "D.A.L.PU." (Divieto di Accesso a Luogo Pubblico), da G. Napolitano, M. Orlando, E. Bezzon, F. Piccioni, *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città – Note di commento al d.l. 20 febbraio 2017 n. 14*, Santarcangelo di Romagna 2016, 44.

allontanamento (oltre alla sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da euro cento a euro trecento) per chiunque ponga in essere condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione delle «aree interne (e) delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze». L'art. 10 dispone al co. 1 che copia del provvedimento di allontanamento predisposto dal sindaco debba essere comunicato al questore competente per territorio. Ciò in quanto il provvedimento di allontanamento costituisce il presupposto affinché il Questore possa adottare un provvedimento motivato di divieto d'accesso; questo viene adottato qualora vengano reiterate le condotte sanzionate nell'art. 9 comma 1 e 2 e allorché il Questore ritenga che dalla condotta in oggetto possa derivare pericolo per la pubblica sicurezza. Il provvedimento consiste nel divieto, non superiore a sei mesi, di accesso ad una o più delle aree indicate nell'art. 9; nel caso in cui il soggetto destinatario abbia ricevuto una sentenza definitiva o confermata in appello per reati contro il patrimonio, il divieto non potrà essere inferiore ai sei mesi e superiore a due anni. In caso di mancato adeguamento al divieto, il d.l. n. 113/2018 ha previsto un aumento della pena dell'arresto da sei mesi a un anno.

La misura del divieto di accesso è, altresì, indicata nell'art. 13⁹⁴, con riferimento allo specifico settore della sicurezza urbana per la vendita e cessione di sostanze stupefacenti e psicotrope. A differenza di quanto previsto nell'art. 10, il divieto di accesso o di stazionamento in determinati locali pubblici, aperti al pubblico o in specifici pubblici esercizi, può essere comminato dal Questore solo nei confronti di coloro i quali abbiano riportato negli ultimi tre anni una condanna, definitiva o confermata in appello, per reati di spaccio commessi all'interno o nei pressi dei suddetti luoghi. Il Questore può, altresì, comminare a tali soggetti una serie di prescrizioni personali ulteriori: si tratta di prescrizioni analoghe a quelle previste dalla

⁹⁴ All'atto di conversione del d.l. n. 113/2018 è stato inserito l'art. 21 che amplia, ancora una volta i poteri del Questore; si legge infatti che dopo l'art. 13 del d.l. 14/2017 è inserito il seguente: «Art. 13-bis (*Disposizioni per la prevenzione di disordini negli esercizi pubblici e nei locali di pubblico trattenimento*). - 1. Fuori dai casi di cui all'articolo 13, il questore può disporre per ragioni di sicurezza, nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi ovvero in locali di pubblico trattenimento, per delitti non colposi contro la persona e il patrimonio, nonché per i delitti previsti dall'articolo 73 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, il divieto di accesso agli stessi locali o ad esercizi pubblici analoghi, specificamente indicati, ovvero di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi. 2. Il divieto di cui al comma 1 può essere limitato a specifiche fasce orarie e non può avere una durata inferiore a sei mesi; né superiore a due anni. Il divieto è disposto; con provvedimento motivato, individuando comunque modalità applicative compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto. 3. Il divieto di cui al comma 1 può essere disposto anche nei confronti di soggetti minori di diciotto anni che hanno compiuto il quattordicesimo anno di età. Il provvedimento è notificato a coloro che esercitano la responsabilità genitoriale. 4. Il questore può prescrivere alle persone alle quali è notificato il divieto previsto dal comma 1 di comparire personalmente una o più volte negli orari indicati, nell'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato. 5. In relazione al provvedimento di cui al comma 4 si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 6, commi 3 e 4, della legge 13 dicembre 1989, n. 401. 6. La violazione del divieto di cui al presente articolo è punita con la reclusione da sei mesi ad un anno e con la multa da 5.000 a 20.000 euro.». 1-*quater*. All'articolo 8, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, dopo le parole: «sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza» sono inserite le seguenti: «di non accedere agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento, anche in determinate fasce orarie».

legge sulle misure di prevenzione, come ad esempio, il divieto di allontanarsi dal comune di residenza⁹⁵.

Il Questore, in aggiunta al divieto di accesso, può adottare nei confronti delle persone condannate per il reato di cui all'art. 73 d.p.r. n. 309/1990 commesso all'interno o in prossimità di locali pubblici, aperti al pubblico o di pubblici esercizi, scuole, università, ecc. (art. 13, co. 1 d.l. n. 14/2017) ulteriori misure (obbligo di firma, divieto di allontanamento dal comune, obbligo di rientrare nella propria abitazione entro una certa ora ecc.); la violazione di tali divieti è sanzionata, dal Prefetto, salva l'ipotesi che il fatto costituisca reato, con la sanzione amministrativa pecuniaria da diecimila a quarantamila euro e con la sospensione della patente da sei mesi ad un anno.

Il potere riconosciuto al Sindaco e al Questore non pare vada immune da qualche obiezione per eccesso di discrezionalità; in primo luogo la locuzione «chiunque ponga in essere condotte che limitano la libera accessibilità e fruizione» (con la legge di conversione vi è stata la modifica delle condotte che *limitano* la libera accessibilità e fruizione delle infrastrutture alle condotte che *impediscono* l'accesso e la fruizione) presenta marcati profili di indeterminatezza, anche con riferimento agli standard fissati dalla Cedu⁹⁶. La formula, infatti, non specifica la tipologia delle condotte poste a fondamento del provvedimento di allontanamento, con la conclusione che anche il semplice comportamento di un *homeless* che si limita a giacere in determinati luoghi (ad esempio una stazione ferroviaria) finisce per 'offendere' il decoro della città oppure a limitare l'accesso degli utenti 'ostacolati' dalla presenza dello stesso⁹⁷.

Sotto altri profili il fatto vietato assai raramente potrà dirsi integrato, poiché la condotta deve essere tale da impedire – e non semplicemente rendere meno godibile – l'accessibilità o la fruizione di infrastrutture⁹⁸.

L'art. 16-*bis*, d.l. n. 14/2017, inoltre, apporta delle modifiche al Codice della Strada, inasprendo la sanzione amministrativa già prevista per i parcheggiatori abusivi e per coloro che determinano altri all'esercizio abusivo dell'attività di parcheggiatore o guardiamacchine; qualora in tale attività abusiva siano impiegati minori è previsto il raddoppio della sanzione. La clausola di riserva, prevista dall'art. 16-*bis* «salvo che il fatto costituisca reato», comporta l'applicazione del reato di estorsione ove il parcheggiatore abusivo ottenga denaro dietro violenza o minaccia all'automobilista⁹⁹. Le sanzioni sono state modificate dal d.l. n. 113/2018 con la previsione dell'ammenda da settecentosettantuno a tremilacentouno euro; aggiunge la nuova disposizione che se

⁹⁵ L. M. Di Carlo, *Prime riflessioni sul c.d. "Daspo urbano"*, in *federalismi.it* (13/9/2017), 8.

⁹⁶ La Corte di Strasburgo, nel noto caso de Tommaso, ha recentemente censurato la disciplina italiana sulle misure di prevenzione in quanto carente di previsioni dettagliate sia sugli elementi fattuali che sulle specifiche condotte che sarebbero espressive di pericolosità sociale, ravvisando in ciò un contrasto con la protezione della libertà di circolazione di cui all'art. 2 prot. 4 Cedu; in tal senso cfr. A. Squazzoni, *La sicurezza urbana e i suoi custodi* cit. 240. Più in generale sul punto cfr. F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.* (2017) 3 370 ss.; F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.* (2017) 4, 127 ss.

⁹⁷ Più in generale su alcuni profili problematici cfr., tra i tanti, A. Lorenzetti, *Il difficile equilibrio fra diritti di libertà e diritto alla sicurezza*, in A. Lorenzetti, S. Rossi (cur.), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, Napoli, 2009; M.P. Genesin, *Riflessi giurisprudenziali della controversa figura del sindaco quale ufficiale del Governo*, in *Resp. civ. prev.* 3 (2016) 800 ss.; F. Furlan, *La disciplina concreta del potere di ordinanza*, in *Le Regioni*, 1-2 (2010) 141 ss.

⁹⁸ Squazzoni, *La sicurezza urbana e i suoi custodi*, cit. 240.

⁹⁹ Ruga Riva, *La sicurezza urbana e i suoi custodi*, cit. 229.

nell'attività sono impiegati minori, o se il soggetto è già stato sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo, si applica la pena dell'arresto da sei mesi a un anno e dell'ammenda da duemila a settemila euro. È sempre disposta la confisca delle somme percepite.

3.3. - La riproposizione della fattispecie di accattonaggio

Nel contesto dei fatti utili a valutare i cedimenti verso un diritto penale di tipo soggettivistico, una rilevanza particolare assume la reintroduzione della fattispecie di accattonaggio¹⁰⁰ ad opera dell'ennesimo 'pacchetto sicurezza' (l. n. 132/2018 di conversione del d.l. n. 113/2018).

Il nuovo illecito penale¹⁰¹, contravvenzionale e non delittuoso come si legge nella rubrica dell'art. 21-*quater* della l.n. 132/2018, si caratterizza in primo luogo per il rigore repressivo, addirittura più duro rispetto a quello stabilito dal legislatore fascista, che certamente non era insensibile al fascino della severità delle sanzioni.

La scelta del legislatore fascista di reprimere le varie forme di mendicizia, solo se svolte in luogo pubblico o aperto al pubblico¹⁰², era funzionale ad esercitare il controllo su strati sociali giudicati pericolosi in quanto più facilmente indotti all'illecito penale dalle condizioni e dall'ambiente di vita che li contraddistingueva¹⁰³. La collocazione sistematica dell'accattonaggio – «ausiliario della delinquenza e del vizio, così che lasciarlo prosperare costituirebbe un notevole pericolo per la sicurezza pubblica genericamente considerata»¹⁰⁴ – tra le violazioni relative alle contravvenzioni di polizia e segnatamente la sezione dedicata alle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica non è, certamente, inconsapevole ma risponde alla precisa scelta di anticipare la tutela attraverso la repressione di qualunque condotta che potesse anche lontanamente arrecare offesa all'ordine e alla tranquillità pubblica¹⁰⁵. Lo dimostra, del resto, la struttura della fattispecie di pericolo presunto che punisce «un comportamento esteriore presuntivamente sintomatico della futura commissione di reati»¹⁰⁶.

Per la dottrina coeva al codice Rocco il mendicante viola l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica perché, con la sua presenza, finisce per esporre a pericolo la «probità e il decoro della civile convivenza», beni giuridici che si ritengono offesi anche dallo «sconcio dell'accattonaggio»¹⁰⁷. Non diversamente si verifica con l'odierno pacchetto sicurezza che, nell'ampliare le ipotesi del c.d. daspo urbano, mira a rafforzare la sicurezza e il decoro urbano. In altri termini tanto per il legislatore

¹⁰⁰ Per un inquadramento S. Panagia, *Mendicizia (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano 1976, 98.

¹⁰¹ Criticamente sulla reintroduzione cfr. F. Curi, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano". A proposito del nuovo art. 669-bis c.p., introdotto dal c.d. decreto sicurezza*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, (21/1/2019), 9 ss.

¹⁰² A. Cosseddu, *Mendicizia*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino 1993, 602.

¹⁰³ S. Riondato, *Accattonaggio e mestieri girovaghi*, in *Enc. giur. Trec.*, I, Roma 1988, 3.

¹⁰⁴ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*¹⁰, agg. da P. Nuvolone e G.D. Pisapia, Torino 1986, 378.

¹⁰⁵ Per una tutela del bene giuridico della tranquillità pubblica che si riflette sull'ordine pubblico, cfr. Corte cost. 21.11.1959, n. 51, in <https://www.cortecostituzionale.it>, cpv. 4 delle considerazioni di diritto; collocano la mendicizia tra i reati contro il buon costume P.L. Vigna, G. Bellagamba, *Le contravvenzioni nel codice penale*, Milano 1974, 141 ss.; richiama il decoro della civile convivenza, Gius. Sabatini, *Mendicizia*, in *Nss. D.I.*, X, Torino, 1964, 519.

¹⁰⁶ Riondato, *Accattonaggio*, cit., 3.

¹⁰⁷ Così Manzini, *Trattato*, vol. 10, cit. 377.

fascista che per quello repubblicano la mendicITÀ va punita perché offende il decoro delle città.

Il recente provvedimento, con riferimento alla mendicITÀ, va ben oltre l'impostazione del passato regime perché si limita a prevedere la sanzione penale senza essersi fatto carico, in via preliminare, di dare compiuto adempimento alle prescrizioni costituzionali in tema di solidarietà (art. 38 Cost).

La nuova fattispecie si apre con la clausola di riserva: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato» che non compariva nella versione originale. La fattispecie ha, dunque, carattere sussidiario, e risulta applicabile solo quando il fatto posto in essere dall'accattonone non costituisca più grave reato. La clausola di riserva finisce, però, per limitare fortemente le possibilità applicative della reintrodotta incriminazione; del resto, l'ordinamento e, in modo specifico, il codice penale hanno già al proprio interno molteplici possibilità di contrastare il fenomeno della mendicITÀ molesta, vessatoria o fraudolenta. Tutto ciò induce a dubitare delle reali necessità di 'riesumere' la figura dell'accattonaggio. La fattispecie incriminatrice¹⁰⁸ di cui all'art. 669-bis c.p. prevede l'obbligatorietà del sequestro delle cose che sono servite o sono state destinate a commettere l'illecito o che ne costituiscono il provento. Va da sé che parlare di sequestro (oppure di confisca) per le ipotesi previste dalla contravvenzione di accattonaggio è solo una macroscopica forzatura che ha uno scopo ben specifico: lanciare alla collettività un messaggio rassicurante in linea con la dottrina 'tolleranza zero'.

La reale 'esigenza' del legislatore di mostrare il 'pugno di ferro' verso qualunque ipotesi di alterazione dell'ordine pubblico – che dimostra, però, la difficoltà nella selezione di reali obiettivi di politica criminale¹⁰⁹ – si ricava anche riflettendo sul regime sanzionatorio, affetto, in radice, da simbolismo repressivo. Oltre al regime sanzionatorio più severo di quello stabilito dal legislatore fascista va evidenziato come l'intelaiatura complessiva del recente provvedimento denoti tratti illiberali rapportabili a quelli del passato regime.

L'ammenda da tremila a seimila euro inflitta ad un accattonone si presenta priva di qualunque fondamento con ovvie ripercussioni sul piano dell'effettività per l'impossibilità del mendicante di pagare l'ammenda¹¹⁰.

Una sanzione viziata oltre che da simbolismo repressivo – quale ulteriore caratteristica dei vari pacchetti sicurezza – anche da profili di irragionevolezza se paragonata ad altre fattispecie.

Solo l'impeto repressivo verso determinate categorie già ai margini della società può spiegare il duro regime sanzionatorio per il mendicante, denotando però una vistosa sproporzione in rapporto a comportamenti certamente più gravi. Basta scorrere il codice penale per rendersi conto, in maniera inequivocabile, dello strabismo del legislatore; quest'ultimo punisce più severamente i fatti commessi dal mendicante rispetto alla vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine o all'abuso dei

¹⁰⁸ Per l'analisi strutturale e per un quadro d'insieme della reintroduzione delle ipotesi di accattonaggio sia consentito il rinvio al nostro *La "riesumazione" dell'accattonaggio (art. 669-bis c.p. dopo la l.n. 132/2018). Ovvero il continuum tra legislazione fascista e "pacchetti sicurezza"*, in (24/4/2019) *Costituzionalismo.it*, 2019, 1.

¹⁰⁹ F. Palazzo, *Moralismo e "bagatellizzazione" del diritto penale: a proposito del progetto sulla prostituzione*, in *Dir. pen. proc.* (2008) 11 1342.

¹¹⁰ P. Pisa, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Dir. pen. proc.* (2009) 6.

mezzi di correzione o di disciplina, oppure alle percosse o, ancora, alle lesioni personali colpose gravi.

La punizione dei comportamenti di accattonaggio attraverso l'utilizzazione della sanzione più dura che l'ordinamento conosce, anche nella versione vessatoria o con mezzi fraudolenti – del resto già coperti dal codice penale come abbiamo posto precedentemente in evidenza – rappresenta l'ennesimo segnale dello svuotamento del diritto penale del fatto verso forme di diritto penale calibrate su categorie soggettive.

Esempio paradigmatico di una siffatta impostazione è proprio la criminalizzazione dell'accattonaggio quale emblema della marginalità urbana, nonostante la presa di posizione della Corte costituzionale con il riferimento all'art. 38 Cost. e, dunque, alla socialità e alla solidarietà.

4. - La penalizzazione delle categorie marginali: ovvero la criminalizzazione della colpa d'autore

Alla luce delle osservazioni finora svolte è facile trarre una conferma di quanto anticipato in apertura in ordine all'operato del legislatore.

Come abbiamo avuto modo di evidenziare, l'irruzione delle teorie liberiste ha comportato una forte restrizione del *welfare state* a tutto vantaggio delle esigenze del libero mercato.

Inoltre, il passaggio di determinate funzioni economiche da sempre prerogativa dei singoli Stati verso il mercato ha determinato un'alterazione degli equilibri in favore degli organismi economici; ma il mercato è stato sottolineato «non è un'istituzione politica, ma un attore che si pone al di fuori del controllo della politica»¹¹¹.

Il potere statale, per molti versi, delegittimato dall'incapacità di governare le trasformazioni socio-economiche, con interventi normativi extrapenalistici, finisce per assecondare le “*élités*” economiche e, attraverso il comodo strumento del diritto penale, riceve una sorta di assenso a produrre politiche criminali verso determinate categorie di soggetti.

In una tale ottica, ai singoli governi nazionali rimane la gestione dell'uso della forza dopo aver ceduto sovranità¹¹², in una sorta di anarchia feudale¹¹³. I governanti ribadiscono la propria autorevolezza – che significa mantenimento di posizioni di potere – attraverso meccanismi di controllo dell'ordine pubblico. In tal modo destinano le proprie attenzioni verso alcune fasce marginali della popolazione e guadagnano consenso per avere accolto le sollecitazioni della collettività improntate a sanzioni sempre più drastiche per schermire le proprie paure.

La criminalizzazione della mendicizia attraverso l'utilizzazione della sanzione più dura che l'ordinamento conosce, anche nella versione vessatoria o con mezzi fraudolenti – per comportamenti del resto già coperti dal codice penale – rappresenta l'ennesimo segnale dello svuotamento del diritto penale del fatto verso forme di diritto penale calibrate su categorie soggettive. I recenti pacchetti sicurezza (l. n. 132/2018 e d.l. n. 53/2019) ribadiscono quanto già emerso nei precedenti provvedimenti in tema di sicurezza pubblica, vale a dire una sorta di generalizzato ostracismo verso alcune

¹¹¹ Z. Bauman, *Modernità e globalizzazione*, Roma 2009, 20 ss.

¹¹² S. Cassese, *Chi governa il mondo? La dimensione globale della democrazia*, Bologna 2013, 22.

¹¹³ K.P. Werner, *Nascita della nobiltà. Lo sviluppo delle élites politiche in Europa*, (Paris 1998), Torino 2000, 58.

categorie portatrici di rischio¹¹⁴. Queste ultime, come si accennava in apertura, perdono lo status di “persone” e diventano “oggetto” dei diversi attori: della collettività che, per allontanare la propria paura, chiede sanzioni sempre più dure; del legislatore che, con la repressione penale, asseconda le istanze di giustizia sommaria e lucra in termini di consensi; del circuito massmediale che pone in essere «una comunicazione che urla slogan e brucia la riflessione ragionata»¹¹⁵.

Homeless, prostitute, extracomunitari, manifestanti, lavavetri ai semafori, rom vanno contrastati, anche con gli strumenti limitativi della libertà, secondo una pericolosa equazione che fonda l'intervento penale sullo stile di vita; contro gli oziosi e vagabondi si giustifica l'attivazione dello «jus terribile»¹¹⁶ perché soggetti socialmente pericolosi. La prova inconfutabile di una siffatta impostazione si rinviene proprio nella criminalizzazione dell'accattonaggio che, emblema della marginalità urbana¹¹⁷, diventa facile oggetto di un tartufesco puritanesimo.

Non diversamente dal trattamento degli extracomunitari, lavavetri ai semafori, parcheggiatori abusivi, vagabondi, ecc. la criminalizzazione per i fatti di mendicizia può trovare posto solo all'interno di arcaiche forme di diritto penale d'autore, seppur mascherate dentro gli schemi del diritto penale del fatto¹¹⁸.

Nel caso di specie di un diritto penale securitario incentrato sulla pericolosità che, nella frequente utilizzazione della norma penale come strumento pressoché impazzito di neutralizzazione simbolica dei problemi sociali, richiama «l'ombra lunga e inquietante di un diritto penale antico, che dietro il suo apparente, inutile, rigore, nasconde l'assoluta incapacità – e probabilmente l'intima assenza di volontà – di affrontare davvero i problemi sociali»¹¹⁹.

¹¹⁴ Sulla criminalizzazione delle fasce povere e marginali della società cfr. Wacquant, *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione* cit. 26 ss.

¹¹⁵ Così D. Brunelli, *Introduzione ad un Confronto di idee su: «Diritto penale di lotta versus diritto penale di Governo: sconfiggere l'incomunicabilità o rassegnarsi all'irrelevanza»*, in *Arch. pen.* (2019) 1 2.

¹¹⁶ Sul diritto penale come *ius terribile* cfr. F. Mucciarelli, *Diritto penale e attività bancaria: aspetti problematici e spunti di riforma*, in <https://www.penalecontemporaneo.it> (13/4/2017), 3.

¹¹⁷ Sul fenomeno della marginalità urbana, cfr. le attuali riflessioni svolte da Wacquant, *I reietti della città*, cit. 35, che prende a paradigma la distinzione fra ghetto statunitense e *banlieue* francese, per analizzare le forme contemporanee di disuguaglianza e marginalità urbana.

¹¹⁸ Cfr. in proposito le considerazioni svolte da M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. crim.* (2009) 102, che attraverso il trattamento della “questione immigrati” vede emergere nuove forme di diritto penale d'autore; sul punto, nell'ambito di una ricca bibliografia, cfr. G. Flora, *Verso un diritto penale del tipo d'autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (2008) 559 ss.; Risicato, *Vero un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Sudi in onore di Mario Romano* cit. 525 ss.; V. Plantamura, *Lo stalker, il pervertito e il clandestino: il ritorno del tipo d'autore nel diritto penale del terzo millennio*, in *Ind. pen.* (2012) 372.

¹¹⁹ G. Balbi, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG E REMS*, (20/7/2015), in <https://www.penalecontemporaneo.it>., 6.

Di un diritto penale, cioè, intriso di populismo¹²⁰, sempre meno incline ad accettare qualunque indicazione funzionale a migliorare il processo di produzione legislativa¹²¹, fosse anche quello dell'accademia che «da sempre vede e studia la pena come un problema complesso e lacerante, non come una facile soluzione *prêt-à-porter*, a disposizione della classe politica di turno»¹²².

5. - Considerazioni di sintesi sul dover essere

La legislazione in materia di sicurezza pubblica si caratterizza, per le riflessioni sin qui svolte, per un vistoso scivolamento verso la colpa d'autore, o com'è stato opportunamente segnalato, per una sorta di «antagonismo identitario come criterio di criminalizzazione»¹²³.

Si prenda, ad esempio, la fattispecie in tema di violenza negli stadi o in occasione dello svolgimento di manifestazioni sportive. La struttura della figura incriminatrice finisce per sanzionare il semplice possesso di artifici pirotecnici, e in quanto tale, può essere riportata nella categoria dei reati di sospetto, che certamente non si pongono in linea con il principio di offensività. Infatti, la norma anticipa l'intervento penale fino a colpire meri comportamenti prodromici, del tutto svincolati dall'offesa per il bene giuridico protetto. Una tale impostazione, per la tecnica di normazione utilizzata, contrasta, inoltre, con le opzioni di frammentarietà, di tassatività, di offensività e di *extrema ratio* anch'esse di rilevanza costituzionale, con evidenti ricadute anche sul terreno della certezza del diritto minata dall'applicazione dal diritto del caso per caso¹²⁴.

L'ordinamento, va ancora segnalato, ha, al proprio interno, una serie di misure o di altre fattispecie per contrastare gli stessi comportamenti; del resto, lo dimostra l'ampio uso di clausole di riserva, funzionale ad evitare possibili conflitti di norme e quindi a

¹²⁰ L. Ferrajoli, *Democrazia e paura*, in M. Bovero-V. Pazè (cur.), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari 2010, pp. 115 ss. che pone in evidenza lo scopo di ottenere demagogicamente il consenso popolare rispondendo alla paura generata dalla criminalità di strada, attraverso l'uso del delitto penale tanto duramente repressivo e antigarantista quanto inefficace rispetto alle dichiarate finalità preventive.

Più in generale sulla questione del 'populismo' cfr. G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *edizioniets.com*, 95 ss.; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, ivi, 123 ss.; pone in risalto come in tutte le esperienze politiche, storiche o contemporanee, ma in diversi modi e misure, paure, pene, processi siano una passione mai sopita, e siano stati ingredienti indefettibili nella ricerca di consensi e del potere, G. Insolera, *Il populismo penale*, testo, rivisto e aggiornato, della relazione al convegno "Costituzione e diritto penale: in ricordo di Franco Bricola venticinque anni dopo", svoltosi a Bologna il 29/5/2019, in <https://discrimen.it>, (13.6.2019), 6; in proposito si rinvia a M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena 2019.

¹²¹ Sul tema, mantengono piena attualità i condivisibili approfondimenti già svolti da F.C. Palazzo, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1997) 694 ss.

¹²² Brunelli, *Introduzione ad un Confronto* cit. 1.

¹²³ Cfr. M. Caterini, *Il diritto penale del nemico "presunto"*, in *Pol. dir.* (2016) 4 635 ss.

¹²⁴ La certezza del diritto rappresenta «una condizione per l'esistenza stessa del sistema penale»; prima ancora del principio di uguaglianza, perché «applicare una legge generale non vuol dire altro che applicarla in maniera uguale. Se una legge non deve essere priva di senso bisogna che trovi una applicazione generale», a venire lesa è appunto il principio della certezza del diritto, così E. Kaufmann, *L'uguaglianza dinanzi alla legge ai sensi dell'art. 109 della Costituzione del Reich*, (Berlin-Leipzig, 1927), trad. it. a cura di A. Carrino, in *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, Napoli 1992, 81.

risolvere problemi di tipicità plurima¹²⁵ che scaturiscono proprio dalla sovrapposizione di fattispecie identiche, al fine di salvaguardare, altresì, le esigenze sottese al principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Nella stessa ottica possono inquadrarsi i provvedimenti in tema di Daspo urbano; non si comprende l'illiceità del comportamento dell'accattone che chiede l'elemosina o che dorme sulle panchine o sui cartoni agli angoli delle strade, non diversamente dalle altre figure emarginate dalla società; questa categoria di soggetti non offende «alcun bene giuridico meritevole della protezione penale, ma, tutt'al più, la nostra visione, resa particolarmente irritabile dall'opulenza. E questo, si sa, per chi ha la pancia piena è un delitto intollerabile»¹²⁶. Si assiste, pertanto, ad una sorta di ritorno ad impostazioni più pertinenti alla Scuola positiva e, dunque, ad un ritorno agli anni a cavallo tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, nella ben nota valorizzazione dell'uomo delinquente e delle classi sociali pericolose.

Comportamenti puniti, per molti aspetti, in quanto moralmente disapprovabili; in tal modo, a venire eluso è il principio di offensività. Quest'ultimo esclude la rilevanza penale di condotte che possono essere oggetto di disapprovazione morale «ma che non offendono interessi di terzi o della collettività, in quanto si risolvono in condotte che appartengono alla sfera privata delle scelte individuali»¹²⁷.

In tutti questi casi si opera una precisa scelta verso un modello di diritto penale c.d. soggettivistico, che vede l'inflizione della sanzione penale trovare fondamento non sull'offesa del bene giuridico ma, 'altrove'; si tratta di un'impostazione che si allontana da quel diritto penale, a base costituzionale, o oggettivistico, che pone l'accento e assegna il rango primario, appunto, al fattore oggettivo¹²⁸. In un tale contesto la sanzione, una volta sganciata da comportamenti privi di dannosità sociale, corre il rischio di essere impiegata come «mezzo di pedagogia sociale»¹²⁹, laddove il fondamento della pena va rinvenuto «nella realizzazione del *fatto*, quintessenza dell'*offesa ai beni penalmente protetti*»¹³⁰.

Appare chiaro che solo attraverso il ritorno ai principi costituzionali, in quanto normativa fondante, si possa recuperare credibilità e funzionalità del sistema, oltre che effettività della risposta statale. Il rispetto dei principi fondamentali ripudia qualunque forma di diritto penale fondato sul modo di essere della persona e, quindi, di un diritto penale di tipo soggettivistico, in favore di un diritto penale del 'fatto'.

Il fatto di reato rinvenibile nelle cadenze costituzionali legittima e limita il potere del legislatore.

In particolare, l'interazione del principio di legalità, della funzione del bene giuridico, del rispetto dell'offensività, del ruolo della proporzione e del finalismo rieducativo della pena, della responsabilità penale personale rappresentano vincoli di sicuro affidamento, che non possono essere superati in base alle contingenze del momento. L'unitarietà del sistema non consente la creazione di micro-sistemi o sottosistemi, ed

¹²⁵ Sul punto cfr. le risalenti ma pur sempre attuali considerazioni svolte da F. Sgubbi, *Meccanismo di "aggiramento" della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *Quest. crim.* (1981) 319 ss.

¹²⁶ Lo Monte, *Politiche neo-liberiste*, cit. 51.

¹²⁷ M. Pelissero, Pelissero M., *Principi generali di politica criminale*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale*³, Milano 2020, 60.

¹²⁸ G. Marinucci, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dommatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (2011) 1 2.

¹²⁹ F.C. Palazzo, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.* (1992) 221.

¹³⁰ Così Marinucci, *Soggettivismo e oggettivismo* cit. 2.

in quanto tale suscettibile di essere trattato con criteri diversi da quelli normalmente utilizzati. La ritenuta natura eccezionale o emergenziale non può giustificare la presenza di pericolose deroghe o di eccezioni alla normale applicazione dei presupposti stessi che delineano il funzionamento del sistema penale.

Dal rispetto di questi principi discendono i criteri-guida per la giusta e legittima selezione dei fatti penalmente rilevanti, nonché l'inflizione di sanzioni proporzionate e funzionali alla rieducazione del condannato.

Sintesi

La legislazione in materia di sicurezza pubblica pone in evidenza una marcata elusione dei principi costituzionali fondativi del diritto penale a base oggettivistica; dalla svalutazione delle opzioni costituzionali discende la criminalizzazione di specifiche categorie marginali della società. Ad essere punito non è il singolo fatto di reato ma il soggetto per il modo di vita. L'inasprimento sanzionatorio contro extracomunitari, homeless, parcheggiatori abusivi, 'graffitari' o di forme più o meno invasive della mendicizia rappresentano la prova inconfutabile. Le cause di una tale impostazione sono molteplici ma, per l'oggettiva rilevanza, occorre segnalare: il tramonto del welfare state da cui è derivata una implementazione delle politiche di rigore; la paura della collettività ampliata dalla rappresentazione mediatica della criminalità; la ricerca di consenso da parte del legislatore che, per fini elettorali, strumentalizza il panico sociale. In una prospettiva di riforma occorre un ritorno ai principi costituzionali che abiurano qualunque ipotesi di colpa d'autore.

Abstract

Legislation on public security reveals a marked avoidance of the constitutional founding principles of objectivist-based criminal law; the devaluation of constitutional options leads to the criminalisation of specific marginal categories of society. It is not the single offence that is punished, but the individual due to his/her way of life. The tightening of sanctions against non-EU citizens, homeless people, illegal parkers, 'graffiti artists' alongside more or less invasive forms of begging are irrefutable proof. The causes of such an approach are manifold but, for objective relevance, it is necessary to point out: the demise of the welfare state from which the implementation of austerity policies has derived; the fear of the community amplified by the media portrayal of crime; the search for consensus by legislators who, for electoral purposes, instrumentalise social panic. From a regulatory perspective, we need a revert back to constitutional principles that abjure any assumption of culpability.