

# LA STRUMENTALIZZAZIONE DELLA LOGICA “AMICO-NEMICO” NEL ROVESCIMENTO DEL RAPPORTO “ECCEZIONE (ILLICEITÀ)- REGOLA (LICEITÀ)”?

ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA TENUTA  
DEL SISTEMA, MUOVENDO DALLE DISPOSIZIONI  
SULL’ADDESTRAMENTO NELL’USO DI ARMI\*

*Roberto Wenin*

SOMMARIO: 1. *Introduzione e oggetto dell’analisi.* 2. *“Sussidiarietà processuale” dell’art. 2-bis rispetto all’art. 270-quinquies c.p.?* 3. *Strumentalizzazione della logica “amico-nemico” nel rovesciamento del rapporto “eccezione (illiceità)-regola (liceità)”?* 4. *Perplessità circa lo strumento utilizzato: il decreto legge.* 5. *Consenso e scelte legislative.* 6. *Riflessioni conclusive.*

## *1. Introduzione e oggetto dell’analisi*

Il 7 luglio 2005 a Londra una serie di attentati suicidi colpirono il sistema di trasporto della capitale, cagionando gravi danni e vittime. Tali fatti rappresentarono per l’Italia «l’ultima spinta alla realizzazione di un progetto che era già in cantiere da lungo tempo»<sup>1</sup>.

Con legge 31 luglio 2005 n. 155 fu convertito in legge il decreto 27 luglio 2005 n. 144, intitolato «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale».

Nella relazione alla conversione fu precisato che l’iniziativa legislativa si prefissava, in primo luogo, di rendere più ampia ed efficace

---

\* Il presente contributo si inserisce nel progetto di ricerca «Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali», Bando Post Doc 2011 PAT.

<sup>1</sup> S. REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 217.

l'azione di contrasto al terrorismo internazionale, mediante specifiche e mirate misure volte a perfezionare norme ed istituti già in vigore, nonché a potenziare gli strumenti d'indagine e di controllo.

In particolare, per lo scopo della presente riflessione, con tale legge di conversione furono introdotti nel nostro ordinamento l'art. 270-*quinquies* c.p., il quale sanziona la condotta di «addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale», e l'art. 2-*bis* della legge n. 895 del 1967 che detta «disposizioni per il controllo delle armi».

Rispetto all'art. 270-*quinquies* c.p. si precisò che, dando seguito alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo<sup>2</sup>, scopo della previsione è di «perseguire coloro che sono in grado di assicurare il cosiddetto *know how* dell'attività terroristica».

Dieci anni dopo, nel 2015, a seguito dei gravi fatti di terrorismo avvenuti nel dicembre 2014 in Francia, il legislatore interviene nuovamente con decreto legge, d.l. 7 del 15 febbraio 2015, recante misure urgenti di contrasto del terrorismo di matrice anche internazionale, convertito poi con modifiche con legge 43 del 17 aprile 2015. La norma incide anche sull'articolo 270-*quinquies* c.p. al fine di, come precisato nella relazione accompagnatoria del disegno legge di conversione (C. 2893), adeguare l'ordinamento interno in particolare ai dettami della risoluzione ONU n. 2178 dd. 24.09.2014. In tal senso si afferma che sull'originaria fattispecie la quale postulerebbe «un rapporto necessariamente duale tra addestratore e addestrato, viene innestata una nuova fattispecie di reato che rende punibile anche l'auto-addestramento, cioè la condotta di chi si prepara al compimento di atti di terrorismo, attraverso una ricerca e un apprendimento individuali e autonomi delle “tecniche” necessarie a perpetrare simili atti». In realtà la norma pare

---

<sup>2</sup> Più precisamente, nella relazione di conversione si precisa che «l'incriminazione dell'addestramento al terrorismo è per altro imposta dalla recente Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo firmata, anche dall'Italia». La Convenzione, infatti, non fu mai ratificata dall'Italia. Vi furono due distinti progetti di legge di ratifica ed esecuzione della convenzione, nonché di adeguamento dell'ordinamento italiano; l'uno presentato durante la XV legislatura (n. 1799) e l'altro, che riprendeva l'articolato e la relazione del precedente progetto, durante la XVI legislatura (n. 852). Entrambi i progetti furono frustrati dalla conclusione anticipata delle legislature.

punire non già la sola condotta di auto-addestramento, ma anche il semplice reperimento di informazioni, laddove ad esso facciano seguito comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-*sexies* c.p. Accanto a tale previsione viene poi introdotta una circostanza aggravante per le ipotesi nelle quali le condotte di addestramento siano perpetrate attraverso il ricorso a strumenti informatici o telematici.

Dispone dunque ora l'art. 270-*quinquies*:

Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-*bis*, addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. La stessa pena si applica nei confronti della persona addestrata, nonché della persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-*sexies*. Le pene previste dal presente articolo sono aumentate se il fatto di chi addestra o istruisce è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.

Con riferimento alla normativa in materia di armi, nella richiamata relazione s'individua la *ratio* delle innovazioni nella volontà di «migliorare l'apparato di prevenzione di gravi reati». Particolare rilievo veniva posto sul comma 5 dell'art. 8 che conteneva la proposta d'introduzione dell'art. 2-*bis*, precisandosi che esso mirava a calibrare «la fattispecie e la relativa sanzione con il disposto degli articoli 1, 2 e 5 della legge 2 ottobre 1967, n. 895, riguardante le armi da guerra, quelle chimiche e batteriologiche e gli altri congegni micidiali».

Detta l'art. 2-*bis*:

Chiunque fuori dei casi consentiti da disposizioni di legge o di regolamento addestra taluno o fornisce istruzioni in qualsiasi forma, anche anonima, o per via telematica sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da guerra, di aggressivi chimici o di sostanze batteriologiche nocive o pericolose e di altri congegni micidiali è punito, salvo

che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a sei anni.

Sinteticamente riportate le ragioni poste a fondamento dell'introduzione nel nostro ordinamento delle norme citate e le finalità perseguite dal legislatore, occorre ora confrontarsi con la portata effettiva delle innovazioni, traendo così spunto per una rinnovata riflessione circa le scelte incriminatrici, le tecniche di tipizzazione delle fattispecie penali, il rapporto di regola/eccezione e i riflessi, a breve e lungo termine, sulla tenuta e razionalità del sistema.

In primo luogo v'è da chiedersi quale sia l'effettiva portata delle due previsioni e quindi gli eventuali margini di autonomia e sovrapposizione.

Limitando l'analisi ai profili più rilevanti, si può osservare come entrambe le norme sanzionino la condotta di addestramento e istruzione.

L'art. 270-*quinquies* c.p. sanziona oltre al soggetto attivo, istruttore o addestratore, anche l'addestrato, nonché ora l'istruito. La punibilità dell'addestrato – peraltro non imposta dalla Convenzione di Varsavia –, a ragione, non aveva mancato di suscitare critiche, giacché punisce il solo fatto dell'aver ricevuto un addestramento passivo<sup>3</sup> sia pur, come vedremo, con fini specifici. Ciò che contraddistingue l'addestramento dall'istruzione sarebbe dato dall'esistenza di un rapporto effettivo e diretto tra addestrato e recluta<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. M. DONINI, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, p. 99, laddove precisa che la «punizione della mera pericolosità soggettiva viene spacciata per diritto penale del fatto in quanto si dice che l'offesa è di pericolo ed è insita non nel soggetto, ma nell'addestramento che ha ricevuto». Solleva perplessità sulla compatibilità della fattispecie con i principi di colpevolezza per il fatto, materialità e offensività, anche F. RESTA, *Ancora su terrorismo e stato della crisi*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica di Camerino*, 1, 2013, p. 296, nota 483. Sul contrasto della norma, nel suo insieme, con il principio di offensività, sottoponendosi a pena condotte di carattere meramente preparatorio, V. MARSARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, p. 265.

<sup>4</sup> Cfr. F. ROBERTI, *Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo*, in A.A. DALIA (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo. Commento al Decreto-legge*

Per quanto concerne la condotta materiale, l’oggetto dell’addestramento e dell’istruzione differisce nelle due norme: mentre nel caso dell’art. 270-*quinquies* si fa riferimento alle armi da fuoco, nell’art. 2-*bis* si parla di armi da guerra, e ancora nell’art. 270-*quinquies* si parla di sostanze chimiche e nel 2-*bis* di aggressivi chimici.

L’art. 2-*bis* contiene infine il riferimento ad altri congegni micidiali, mentre l’art. 270-*quinquies* ricomprende qualsiasi altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero sabotaggio di servizi pubblici essenziali.

Rispetto all’elemento soggettivo la dottrina e la giurisprudenza concordano nel richiedere con riferimento all’art. 270-*quinquies* un doppio dolo specifico dato dalla volontà di compiere atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali e dalla finalità di terrorismo<sup>5</sup>.

Da quanto esposto, emerge dunque un rapporto di reciproca specialità<sup>6</sup> fra le due disposizioni in commento, nel senso che la condotta tipica dell’art. 270-*quinquies* parrebbe più ampia, ricomprendendo qualsiasi arma da fuoco mentre, rispetto all’elemento soggettivo, l’art. 2-*bis* andrebbe a ricomprendere condotte non punite dalla norma del codice penale prescindendo esso, infatti, dall’esistenza di uno scopo specifico nell’attività di addestramento o istruzione.

---

27 luglio 2005, n. 144 convertito, con modificazioni, nella Legge 31 luglio 2005, n. 155 ed integrato dal Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2006, n. 49 e sintesi dei lavori parlamentari, Milano, 2006, pp. 531 ss.; Cass. pen., 29670/2011, in *Riv. pen.*, 2012, pp. 56 ss. Secondo Cass. pen. 38220/11, reperibile sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di F. PICCICHÈ, *Il problema del dolo nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale: due sentenze a confronto*, l’addestratore non si limiterebbe a trasferire informazioni, ma agirebbe somministrando specifiche nozioni, rendendo i destinatari idonei ad uno specifico scopo e l’addestrato si renderebbe disponibile alla ricezione non episodica di queste nozioni specifiche.

<sup>5</sup> Sulla posizione della giurisprudenza si veda, tuttavia, Cass. pen. 38220/2011, cit. in nota 4, la quale ritiene la fattispecie in commento punibile a titolo di dolo generico, atteso che la finalità di terrorismo varrebbe a connotare gli atti di violenza e sabotaggio di servizi pubblici.

<sup>6</sup> G. CIVELLO, *Armi ed esplosivi. L. 2.10.1967, n. 895*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, Milano, 2007, p. 221.

In altre parole, il disvalore della condotta, assorbito nell'art. 270-*quinquies* dal fine che deve guidare la stessa, sarebbe incentrato nell'art. 2-*bis* dall'oggettiva pericolosità della condotta, data dall'oggetto al quale si riferiscono le informazioni<sup>7</sup>; in realtà l'unica differenza parrebbe aversi con riferimento alle armi da guerra<sup>8</sup>. Per quanto concerne in particolare la distinzione fra sostanze chimiche (di cui all'art. 270-*quinquies*) e gli aggressivi chimici, il richiamo a questi ultimi in realtà, se interpretato in senso stretto, appare nell'art. 2-*bis* pleonastico, essendo gli aggressivi chimici, per disposto dell'art. 1 l. n. 110/1975, armi da guerra<sup>9</sup>: quindi l'ambito di applicazione dell'art. 270-*quinquies* appare anche in tal caso oggettivamente più ampio ricomprendendo le sostanze chimiche<sup>10</sup>, che non sono armi da guerra.

Posto che il disvalore della condotta è incentrato sulla qualifica di arma da guerra, occorre dunque chiedersi come il legislatore abbia provveduto a tipizzare la categoria "arma da guerra". Il richiamato art. 1 della l. n. 110/1975, al comma primo precisa che:

Agli effetti delle leggi penali, di quelle di pubblica sicurezza e delle altre disposizioni legislative o regolamentari in materia sono armi da guerra le armi di ogni specie che, per la loro spiccata potenzialità di offesa, sono o possono essere destinate al moderno armamento delle truppe nazionali o estere per l'impiego bellico, nonché le bombe di qualsiasi tipo o parti di esse, gli aggressivi chimici biologici, radioattivi, i con-

---

<sup>7</sup> Cfr. L. SCOTTO, *Commento sub art. 8, D.L. 27.7.2005 n. 144*, in *LP*, 2005, p. 496.

<sup>8</sup> Ulteriore differenza sarebbe ravvisabile ad avviso di I. RUSSO, *Sistema penale di armi, esplosivi, munizioni, caccia e tiro*, Roma, 2012, p. 176, con riferimento agli esplosivi: i materiali esplosivi cui l'art. 2-*bis* intenderebbe riferirsi sarebbero solo quelli dotati del carattere di micidialità, rimanendovi esclusi, a differenza di quanto stabilito dall'art. 270-*quinquies*, gli esplosivi più tenui. Spetterebbe quindi all'interprete, di volta in volta, espletare un'intelligente indagine di fatto ed esprimere un delicato giudizio di merito, secondo le circostanze, la qualità e la quantità dell'esplosivo, la natura e la modalità delle informazioni offerte.

<sup>9</sup> Cfr. I. RUSSO, *op. cit.* in nota 8, p. 177.

<sup>10</sup> Secondo un'interpretazione *in malam partem*, che si qualifica estensiva, ma a riguardo si potrebbero nutrire dei dubbi se non si tratti già di analogia, l'art. 2-*bis* avrebbe inteso riferirsi pure alle armi chimiche, utilizzando in modo improprio il termine aggressivi chimici: I. RUSSO, *op. cit.* in nota 8, p. 177.

gegni bellici micidiali di qualunque natura, le bottiglie o gli involucri esplosivi o incendiari (leggasi ad esempio *molotov*)<sup>11</sup>.

La lettura della previsione solleva significative perplessità sul rispetto o meno del principio di determinatezza<sup>12</sup>: la giurisprudenza ha precisato che deve essere il giudice a stabilire quale sia la natura dell’oggetto e la disciplina cui debba conseguentemente farsi riferimento<sup>13</sup>, con buona pace, parrebbe, degli ideali illuministici del diritto penale, secondo i quali il cittadino dovrebbe essere messo nella condizione di orientare consapevolmente la propria condotta potendo discernere tra quanto è lecito e quanto all’inverso non lo è<sup>14</sup>. Medesime perplessità si pongono

---

<sup>11</sup> *Ex multis* Cass. pen. 6132/2009, in *Cass. pen.*, 2010, 324 (s.m.). Secondo diversa giurisprudenza si tratterebbe in ogni caso di congegni micidiali – da ultimo Cass. pen. 1622/2013, *ivi*, 2013, 4153 (s.m.) – e come tali rientrerebbero comunque nell’ambito di applicazione dell’art. 2-bis.

<sup>12</sup> Cfr. S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 38.

<sup>13</sup> Cass. pen. 28911/2008, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1674 (s.m.). Va precisato che l’iscrizione nel catalogo comune dell’armi da sparo di cui all’art. 7 della l. n. 110/1975 (ora peraltro abolito dall’art. 14 co. 7 della l. n. 183/2011) tenderebbe a costituire accertamento definitivo della qualità dell’arma e criterio atto ad escludere, in negativo, la qualifica di arma da guerra, a meno che non vi siano state modifiche idonee ad aumentare l’offensività, cfr. Cass. pen. 9034/2009, *ivi*, 2010, p. 1134 (s.m.).

<sup>14</sup> Cfr. sul punto S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’...*, cit. in nota 12, pp. 12 ss. In generale, con riferimento alla “crisi della legge”, F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 90, evidenzia come la garanzia della libertà di autodeterminazione offerta dalla legge al cittadino abbia ormai assunto, in molti casi, connotati davvero fittizi. Suonano ormai lontane e vuote le parole della Consulta, quando ricordava che «nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento»: Corte cost., sent. n. 364/1988, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 699. Evidenzia sempre PALAZZO, *ibidem*, p. 103, come non sia un caso che la Corte, salvo in ogni caso l’obbligo costituzionale di formulazione determinata della legge penale, abbia spostato lo strumento di garanzia dalla legalità alla colpevolezza, avendo preso atto delle obiettive difficoltà a realizzare l’ideale delle leggi poche, chiare e conoscibili dal cittadino. Nello stesso senso, di fatto, M. AINIS, *L’eclissi della legge*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell’occidente giuridico*, Torino, 2005, p. 64.

con riferimento alle incertezze legate alla definizione del concetto di micidialità dell'esplosivo, tale da distinguerlo dal mero materiale esplosivo<sup>15</sup>.

A fronte di tali lacune definitorie, destinate ad essere colmate in base ad un giudizio sul singolo caso, pare emergere con forza l'impressione che la norma, per usare l'espressione di Sgubbi, rischi di diventare un «mero strumento di legittimazione legalistica di una scelta repressiva concreta»<sup>16</sup>, magari fondata su valutazioni del tipo di autore. Ciò è tanto più grave nel contesto di un diritto penale che con riferimento al terrorismo pare essere divenuto, secondo quanto evidenziato dalla più

---

<sup>15</sup> Cfr. nota 8; I. RUSSO, *op. cit.* in nota 8, pp. 304 ss., laddove precisa che nessuna legge penale elargisce una nozione compiuta degli esplosivi e che la valutazione giuridica di un prodotto esplosivo è rimessa all'apprezzamento del giudice di merito. Nello stesso senso la Suprema corte che, con riferimento ad una bomba carta, ha avuto modo di statuire che «il compito di accertare le caratteristiche del congegno e la sua micidialità o meno, pur se potenziale e subordinata al modo di impiego, è riservata al giudice del merito (Cass. Sez. 1, 18 maggio 1993, n. 7376, rv. 195267) che deve apprezzare tutti gli elementi obiettivi del fatto, quali desumibili dagli atti sottoposti al suo vaglio» (Cass. pen. 6132/2009, cit. in nota 11).

<sup>16</sup> F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e «reati contro il patrimonio»*, Milano, 1980, p. 239. È di tutta evidenza che «un testo normativo svuotato di ogni contenuto finisce per concedere all'interprete la discrezionalità della stessa configurazione del reato. E ciò accade in spregio al principio di subordinazione del giudice alla legge, dando sempre nuovo corso ad una pressoché insopprimibile tendenza ad estendere la giurisdizione libera»: S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'...*, cit. in nota 12, p. 39. Peraltro il rischio di compromissione dei diritti del cittadino connesso alla violazione del principio di determinatezza attiene non solo al pericolo di un abuso giudiziario, ma altresì alla razionalità dell'intervento legislativo, infatti «le leggi penali "vaghe" compromettono i diritti di libertà del cittadino»: R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 586; è ancora la Corte costituzionale, sent. n. 185/1992, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1337, a ricordarci, richiamando il proprio precedente n. 364/1988, che il principio di determinatezza, per l'appunto, deve essere inteso «non soltanto quale garanzia contro l'arbitrio del giudice, ma anche quale presidio della libertà e sicurezza dei cittadini».



attenta dottrina, esso stesso uno strumento di lotta, se non di guerra<sup>17</sup>. Se tuttavia, il diritto diviene strumento di lotta, ciò significa che lo Stato chiede ai giudici di «attuare le finalità di lotta che ispirano le regole da applicare. E se i giudici lottano anch’essi, va da sé che rischiano di perdere la terzietà richiesta alla funzione giurisdizionale»<sup>18</sup>.

## 2. “Sussidiarietà processuale” dell’art. 2-bis rispetto all’art. 270-quinquies c.p.?

L’art. 2-bis rischia allora di divenire, rispetto all’art. 270-quinquies c.p., norma sussidiaria in senso non tanto sostanziale bensì eminentemente processuale<sup>19</sup>: l’indeterminatezza nella descrizione dell’ogget-

---

<sup>17</sup> M. DONINI, *Lo status di terrorista...*, cit. in nota 3, p. 89; ID., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, pp. 102 ss.

<sup>18</sup> M. DONINI, *Lo status di terrorista...*, cit. in nota 3, p. 89. Vedi anche M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit. in nota 17, p. 102, dove precisa che «il giudice è sollecitato contemporaneamente ad attuare un programma di lotta nel presente e per il futuro, e ad emettere un *dictum* “imparziale” su violazioni passate». Nello stesso senso L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, pp. 167 ss. e P. MOROSINI, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, in *Questione giustizia*, 2006, pp. 691 ss., il quale facendo riferimento al rischio di una «funzionalizzazione bellicosa della macchina giudiziaria», evidenzia come l’analisi del modello di legalità antiterrorismo imponga «una riflessione di fondo sulla impostazione culturale e sul ruolo della giurisdizione nel circuito democratico in epoche di emergenza criminale».

<sup>19</sup> Rileva R. RAMPIONI, *op. cit.* in nota 16, p. 579, come «attualmente, l’ottica miope della (pseudo) efficienza immediata impone formule *flessibili* anche (e soprattutto) a fini di semplificazione processuale». Evidenzia ancora S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 2000, p. 16, come le disfunzionalità di carattere strutturale legate all’ipertrofia del diritto penale finiscano per ripercuotersi negativamente sul processo, dando luogo ad una perversa spirale: «le difficoltà processuali, di ordine prevalentemente probatorio, finiscono, poi, con l’ispirare scelte legislative, quanto meno discutibili relativamente ad alcuni principi elementari di garanzia, come quelli di materialità, offensività, determinatezza, e la stessa personalità della responsabilità penale».

to<sup>20</sup>, con conseguente sussunzione della condotta nel fatto tipico rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, porta in sé una pericolosa strumentalità rispetto a situazioni di difficile o mancato raggiungimento della prova circa il fine richiesto dall'art. 270-*quinquies*<sup>21</sup>, il quale, peraltro, dovrebbe assorbire il disvalore/l'offensività della condotta.

### 3. Strumentalizzazione della logica “amico-nemico” nel rovesciamento del rapporto “eccezione (illiceità)-regola (liceità)”?

Ma, da una diversa ottica, strettamente connessa al profilo del rapporto regola/eccezione<sup>22</sup>, nella richiamata contrapposizione fra “duellanti”, ispirata a criteri di difesa sociale di fronte ad un nemico presentato come *extraneus*, si rischia, altresì, di perdere di vista quelle incrinature che vanno ad intaccare i principi che dovrebbero ispirare un ordinamento liberaldemocratico, primo fra tutti quel principio la cui attuazione è divenuta oramai una «promessa non mantenuta»<sup>23</sup>: il principio di determinatezza e di riflesso il principio di frammentarietà del diritto penale.

---

<sup>20</sup> Si è osservato che «la *flessibilizzazione* della fattispecie non è (solo) frutto di infortuni tecnici o di oggettive difficoltà di formulazione ma risponde alle esigenze di quel «pensiero unico» il cui postulato è che la garanzia dei diritti e della sicurezza passa necessariamente attraverso l'espulsione da quei diritti degli esclusi, cioè dei «nemici della società» in senso lato...»: L. PEPINO, *La giustizia, i giudici e il «paradigma del nemico»*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 854.

<sup>21</sup> All'indomani dell'entrata in vigore della norma, già nei primi commenti si evidenziava come la richiesta del dolo specifico avrebbe sicuramente posto delicati problemi di accertamento, soprattutto laddove la condotta di “divulgazione” non fosse poi stata accompagnata da insegnamenti ideologici a carattere religioso o politico: M. LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles. Ora chi predica l'odio rischia grosso. Punite anche le attività di arruolamento e addestramento*, in *D&G*, 2005, p. 95.

<sup>22</sup> Per un'analisi sulle regole dell'eccezione con particolare riferimento al terrorismo si veda M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011.

<sup>23</sup> Il riferimento è, evidentemente, di nuovo alla nota opera di S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'...*, cit. in nota 12.

La fonte principale di legittimazione della normativa in materia di terrorismo è rappresentata dall'emergenza, caratteristica questa, la quale, tuttavia, come tradizionalmente inteso, dovrebbe segnare anche il limite intrinseco<sup>24</sup>: «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo»<sup>25</sup>.

Le norme che il legislatore italiano ha introdotto in “risposta” al fenomeno terroristico sono, tuttavia, prive di tale carattere di temporaneità, andando a modificare in maniera permanente le previsioni codicistiche; si assiste così a quel fenomeno che è stato definito di «normalizzazione dell'emergenza»<sup>26</sup>: «con essa le misure eccezionali, nate in risposta immediata ad una emergenza, vengono inserite nei testi di legislazione ordinaria già vigente [...] Tale fenomeno comporta che la recessione dei diritti nel bilanciamento con la sicurezza, non essendo configurata come un regime d'eccezione, venga percepita, come “normale” e si protragga oltre il periodo di emergenza»<sup>27</sup>.

Occorre tuttavia evidenziare, come parte della dottrina contesti, con riferimento alle norme volte a fronteggiare fatti di terrorismo, l'utilizzo della formula: “diritto emergenziale”. Si precisa, infatti, che proprio per la natura nient'affatto transitoria di tali norme, in quanto volte a contrastare fenomeni criminosi che sarebbe illusorio immaginare come meramente temporanei, e per l'idea impropria di una sospensione delle garanzie costituzionali che essa evoca, sarebbe da evitare la formula del

---

<sup>24</sup> Cfr. A. CAPUTO, *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 636.

<sup>25</sup> Corte cost., sent. n. 15/1982, in *Giur. cost.*, 1982, p. 102. Evidenzia tuttavia correttamente A. CAPUTO, *op. cit.* in nota 24, pp. 636 ss., come non si possano ricondurre alla medesima logica la normativa emergenziale degli anni Settanta e Ottanta e gli interventi del legislatore attuale, giacché quest'ultimi paiono essere sviluppati in un contesto di “guerra infinita e preventiva”.

<sup>26</sup> Cfr. V. MASARONE, *op. cit.* in nota 3, p. 178.

<sup>27</sup> I. PELLIZZONE, *Le misure anti-terrorismo internazionale e la «normalizzazione dell'emergenza»*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1769. Parla di trasformazione dell'eccezione in una «costante del sistema»: M. DONINI, *Lo status di terrorista...*, cit. in nota 3, p. 101; ID., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit. in nota 17, p. 93.

“diritto emergenziale”<sup>28</sup>. In altre parole, si tratterebbe, nel caso delle norme volte a fronteggiare il terrorismo, di un legittimo “doppio binario permanente” inserito nel sistema penale, il quale imporrebbe di confrontarsi di volta in volta con la legittimità e necessità delle singole norme eccezionali, in base ad un giudizio di bilanciamento<sup>29</sup>.

#### 4. *Perplexità circa lo strumento utilizzato: il decreto legge*

Anche volendosi aderire alla posizione da ultimo richiamata, e, anzi, proprio aderendo all’idea di un “diritto eccezionale permanente”, si fa forte la perplessità circa lo strumento prescelto dal legislatore per andare a disciplinare le fattispecie in oggetto, ossia il decreto legge.

Il richiamo all’emergenza rischia, infatti, di divenire mero elemento di forma, e più precisamente criterio formale di giustificazione del ricorso alla decretazione d’urgenza<sup>30</sup>, con progressiva marginalizzazione

---

<sup>28</sup> F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *op. cit.* in nota 18, p. 121.

<sup>29</sup> L’idea che pare sorreggere tale impostazione è quella di una legittima diversa modulazione di talune garanzie e taluni diritti fondamentali secondo la gravità del pericolo; idea fatta propria da vari autori, fra cui: S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell’individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2220; A. PAGLIARO, «*Diritto penale del nemico*»: una costruzione illogica e pericolosa, *ivi*, 2010, pp. 2470 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, pp. 674 ss.; per completezza, si osservi che lo stesso M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 177, ammette la legittimità di norme di eccezione e di contrasto, possibilità che non concerne «l’eccezione a principi inderogabili [...], ma una loro concretizzazione differenziata, ovvero l’eccezione ancora legittima a regole ordinarie, senza pensare che il diritto “normale” sia per ciò stesso l’unico costituzionalmente conforme»; *contra*, nella misura in cui in tali sottosistemi non «valgano, o valgano “parzialmente” i principi costituzionali», A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *op. cit.*, p. 287.

<sup>30</sup> Cfr. E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 86: «la giustificazione che fa leva su bisogni emergenziali, invero, non appare più dota-

del ruolo del parlamento, come evidenzia altresì la fulminea conversione in legge del decreto n. 155/2005. Che dei diritti e delle libertà dei cittadini, intaccati dallo strumento penale, debba disporre, di fatto, in via ordinaria il potere esecutivo, come è stato acutamente osservato, rappresenta una situazione di “anormalità” politica e culturale, che si pone in spregio allo spirito della Costituzione<sup>31</sup>.

Si giunge così ad un pericoloso paradosso nel quale la giustificazione dell'intervento normativo poggia sull'emergenza – con sottrazione agli ordinari criteri che dovrebbero guidare l'attività normativa –, ma ci si pone in realtà lo scopo di disciplinare un fenomeno che si percepisce come “permanente”<sup>32</sup>, con conseguente stabilizzazione della disciplina normativa; il risultato è quello di un diritto “emergenziale” privo dei caratteri di temporaneità, in altre parole un “diritto ordinario” figlio della “perenne emergenza”<sup>33</sup>.

ta di sufficiente credibilità: l'emergenza per definizione è qualcosa di temporaneo, e non è più tale la perpetuazione, artificiosa o vera che sia, di una situazione etichettata in tali termini». Sul ricorso alla decretazione d'urgenza in materia cfr. E. LO MONTE, *Gli interventi in tema di misure di prevenzione: il problema del congelamento di beni*, in A.A. DALIA (a cura di), *op. cit.* in nota 4, p. 408, nota 2.

<sup>31</sup> Cfr. E. MUSCO, *Consensus e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 86; il quale si dice stupito della diffusa rassegnazione e acquiescenza dei vari settori del diritto e della prassi. Si evidenzia, G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *op. cit.* in nota 29, pp. 262 ss., come alla luce di assemblee parlamentari spesso soggiogate dalla volontà del governo e al susseguente scemare del significato di garanzia del principio di legalità, non basti più il mero rifiuto di annoverare il decreto legge e decreto legislativo tra le fonti del diritto penale, ma si imponga l'acquisto di una razionalità pratica che si confronti con i limiti dei disegni costituzionali del secondo dopoguerra. In generale sul tema si veda: C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

<sup>32</sup> Cfr. nota 25, dove si evidenzia come le scelte del legislatore paiano essere ispirate da una condizione di minaccia alla convivenza democratica, nell'ambito di una “guerra infinita e preventiva”.

<sup>33</sup> Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza...*, cit. in nota 19, *passim*. Evidenzia, ancora, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit. in nota 17, p. 83, nota 7, come sia proprio questa «la logica italiana dell'“emergenza”», che da situazione eccezionale si è trasformata da almeno vent'anni (contro il terrorismo, la mafia, Tangentopoli, il narcotraffico, etc.) in una realtà normativa permanente e quindi perenne, “den-

Ha quindi ragione, a prescindere dal profilo relativo all'ammissibilità o meno di un trattamento diversificato, quella parte della dottrina, dinanzi richiamata, laddove evidenzia il rischio di un fuorviante richiamo ad un concetto di emergenza temporanea.

Il risultato della confusione di piani finisce per incidere sui contenuti, quale limitazione di libertà<sup>34</sup>, e sulla forma, senza tuttavia che sia possibile tracciare una netta distinzione in tal senso per le evidenti connessioni. Relativamente alla forma – accanto alle perplessità circa il ricorso alla decretazione di urgenza – si è precisato come si possa ormai fare riferimento ad un «“tipo emergenziale di reato”». Questo viene ad affiancarsi alle tradizionali fattispecie di reato modellate in senso garantistico, formale e sostanziale, secondo gli schemi dello stato sociale di diritto. Il tipo emergenziale presenta, invece, costantemente tali caratteristiche: approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, sterile simbolicità. In esso, solitamente, alla caduta in termini di garanzia si abbina la modestia dei risultati sul piano dell'effettività<sup>35</sup>.

### 5. *Consenso e scelte legislative*

Si pone allora il quesito su quali siano le cause dell'inerzia sociale di fronte al rischio di un'erosione dei principi fondamentali dello Stato di diritto e della “società libera”<sup>36</sup>. A riguardo si è precisato che «la prima

---

tro” alla normalità del sistema». Cfr. V. MASARONE, *op. cit.* in nota 3, pp. 192 ss., che parla di “guasto culturale” prodotto dalla logica dell'emergenza.

<sup>34</sup> Precisa S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, p. 37: «se l'emergenza diviene “permanente”, non siamo tanto di fronte a un ossimoro, quanto piuttosto alla cancellazione delle condizioni che permettono di ricondurre limitazioni eccezionali a un quadro di legalità costituzionale, con l'ovvia conseguenza non solo di incrinare la “inviolabilità” della libertà personale, ma di metterne in discussione la natura stessa di diritto. Davanti a noi si spalanca uno spazio vuoto di diritti effettivi individuali e collettivi».

<sup>35</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza...*, cit. in nota 19, p. 115.

<sup>36</sup> Cfr. M. BOVERO, *La libertà e i diritti di libertà*, in ID. (a cura di), *Quale libertà*, cit. in nota 34, p. 20, «da qualche tempo i fondamenti della “società libera” – i principi di quella che Bobbio ha chiamato “ideologia europea”, che si è via via estesa e ha pre-

emergenza, nella più generale emergenza del terrorismo, è proprio la difficile gestione dei suoi effetti emotivi, dal punto di vista sociale: il terrorismo evoca la militarizzazione dello strumento giuridico-penale, l’esasaperazione del diritto penale del nemico e spinge collettivamente a risposte di tipo eccezionale. Di più: traghetta quelle risposte verso la normalità, trasformandole in strumenti ordinari e permanenti. In una parola, il rischio più insidioso, a livello di sentimento sociale, è quello di *normalizzare l’emergenza*<sup>37</sup>.

La creazione di una contrapposizione, che rischia di essere artificiale, fra nemici ed amici<sup>38</sup>, nell’edificazione di un sistema ipertrofico, ispirato ad un “panpenalismo” volto a realizzare una copertura generalizzata delle condotte<sup>39</sup>, poggia su di un consenso artefatto, se non su di una passiva rassegnazione, la quale pare espressione di una crisi più profonda del rapporto fra Stato e cittadino<sup>40</sup>.

teso di divenire universale, appunto l’“ideologia della libertà” – mostrano inquietanti segni di erosione».

<sup>37</sup> G.M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *op. cit.* in nota 3, p. 71.

<sup>38</sup> Cfr. E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 441.

<sup>39</sup> Evidenzia E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 88, come una delle cause del rapporto tra il crescente bisogno di sicurezza ed il panpenalismo sia da ricercarsi nella «crisi [...] del sistema di rappresentanza degli interessi sociali, nel passaggio da società articolate con forti meccanismi di controllo di tipo sociale a società complesse sempre più anonime, automatizzate, tecnologizzate: crisi che allarga ed aumenta il bisogno di sicurezza e sollecita – a livelli di psicologia collettiva e individuali – il ricorso a rimedi e a strumenti di difesa “forti”, e quindi al meccanismo istituzionale tradizionalmente considerato il più idoneo a fronteggiare le (più gravi) rotture delle regole della convivenza civile».

<sup>40</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 36 ss., laddove precisano che il pericolo maggiore è proprio che «risulti fortemente indebolita la credibilità complessiva del sistema penale e che perciò venga meno anche da questo punto di vista la fiducia istituzionale dei cittadini. [...] la possibilità di incorrere nella commissione di un reato finisce col dipendere sempre più dal caso». Nello stesso senso M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in ID., *Storia del diritto penale. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo I, Milano, 2009, p. 42, e ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID., *op. cit.*, pp. 664 ss., laddove evidenzia come l’ipertrofia determini un severo indebolimento della normatività statale complessiva e lo “sfiancamento” della normatività penale; il dato di pericolo, dunque, non sta solo nell’ipertrofia del penale come proble-

La collettività per schermirsi dalle proprie paure non trova di meglio che rifugiarsi nella richiesta di punizioni esemplari, senza preoccuparsi se da ciò discenda una limitazione dei diritti fondamentali, sull'illusoria supposizione che queste limitazioni tocchino gli "altri". In sintesi, il bisogno di tutela espresso dalla comunità si converte in domanda di pena. Il potere statale assecondando tali spinte irrazionali amplia la portata del penalmente rilevante e vulnera, di fatto, gli spazi di libertà<sup>41</sup>.

Pare tuttavia dubbio che l'assecondare un consenso che trova la sua genesi in un'esigenza di sicurezza che muove spesso da spinte irrazionali possa realmente condurre ad un controllo dei fenomeni criminali che si desidera "combattere": «con la ricerca di un siffatto consenso si consuma piuttosto un rituale in funzione aggregante ed in chiave stabilizzante che è strabico rispetto al problema che si intende risolvere, perché si preoccupa degli effetti sulla società e non della funzionalità ed efficienza della soluzione in termini politico-criminali»<sup>42</sup>. Da ciò deriverebbe una pesante perdita di realtà ad opera di tutti gli attori del sistema politico-sociale: «la legislazione penale diviene una fabbrica di illusioni dentro la quale trovano insieme collocazione il popolo sciocco ed ignavo e gli attori del sistema politico»<sup>43</sup>.

Se da un lato dunque il legislatore asseconda i timori della popolazione, ricorrendo spesso a leggi simboliche, al fine di «aggregare il più ampio consenso presso l'opinione pubblica, accreditando fra i cittadini una *immagine* di capacità ed efficienza»<sup>44</sup>, dall'altro pare però difficile fugare il dubbio che vi sia una manipolazione del consenso stesso<sup>45</sup>. In

---

ma in sé, ma soprattutto nei segni di crisi che vengono dallo Stato che la produce e dalla sua inconsapevolezza.

<sup>41</sup> E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 439.

<sup>42</sup> E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 88.

<sup>43</sup> E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 88.

<sup>44</sup> E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 87; cfr. E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, pp. 437 s.: «l'intervento legislativo assume nel caso di lotta al terrorismo internazionale, non diversamente da quanto si è verificato per le associazioni eversive, i caratteri di messaggio rassicurante delle ansie diffuse».

<sup>45</sup> Vi sarebbe, infatti, un tipo di consenso «ricercato per via politica con tutti i mezzi delle moderne scienze della comunicazione mediale e quindi anche con lo strumento della manipolazione più sofisticata. Ebbene: proprio un consenso manipolato sta alla base della nascita e dello sviluppo progressivo del fenomeno della criminalizzazione a



particolare, il fenomeno terroristico diviene «“grande fonte di solidarietà sociale”, oltre che efficace strumento di controllo sociale, attraverso la stimolazione di forme di moralità collettiva e di esclusione»<sup>46</sup>. Si è ancora precisato che la paura rappresenta un capitale in mano ai politici<sup>47</sup>, «uno strumento di persuasione da utilizzare con metodo sulla popolazione, attraverso cui indurre all’accettazione di provvedimenti restrittivi della libertà in cambio di promesse securitarie. Il processo [...] non è immediato né trasparente. Agisce progressivamente, attraverso una strategia che si dipana nel tempo»<sup>48</sup>. Il pericolo più grave è proprio quello di un’enfattizzazione e strumentalizzazione delle paure e insicurezze sociali al fine di «veicolare limiti alle libertà, secondo il criterio dell’innesto all’apparenza innocuo e senza effetti collaterali: come un veleno che – assunto in dosi insignificanti, ma continue – determina l’assuefazione e, quindi, la tolleranza dell’organismo»<sup>49</sup>.

---

tappeto e della contemporanea perdita di effettività della repressione penale»: E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 85; cfr. C. PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 117. Circa il ruolo dei *mass media* nella rappresentazione del crimine si veda G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2006. In generale sul rapporto tra consenso sociale e diritto penale cfr. M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, pp. 413 ss. e C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 849 ss. Per un’analisi linguistica assai critica della retorica politica nella lotta al terrorismo nella recente esperienza statunitense si veda J. COLLINS, R. GLOVER (a cura di), *Linguaggio collaterale. Retoriche della “guerra al terrorismo”*, Verona, 2006.

<sup>46</sup> A. DINO, *I media e i «nemici» della democrazia*, in *Questione giustizia*, 2006, n. 4, p. 839.

<sup>47</sup> Sul rapporto tra «nomorrea penale» e paura si veda la tesi di dottorato di R. DIMATTEO, *Il diritto penale tra principio di extrema ratio e realtà di overcriminalization. Ragione discorsiva, razionalità empirica e democrazia penale: riflessioni intorno alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà*, Trento, 2010, pp. 69 ss.

<sup>48</sup> A. DINO, *op. cit.* in nota 46, p. 837; nello stesso senso: E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 437, il quale fa riferimento a «precise scelte politico-criminali, che partono da lontano e si proiettano nel futuro e non, viceversa, una risposta, seppur irrazionale – e come tale comunque censurabile – finalizzata a fronteggiare l’emergenza terrorismo». Per un’analisi molto critica e provocatoria si veda H. PRANTL, *Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie man mit Angst Politik macht*, München, 2008.

<sup>49</sup> G.M. FLICK, *op. cit.* in nota 37, p. 76, che definisce tale effetto di «mitridatismo sociale» verso l’indebolimento dei diritti il rischio più serio per questi ultimi.

Una delle fallacie del ragionamento – costituente il principale “grimaldello” nella ricerca del consenso sociale all’introduzione per esigenze di tutela della sicurezza di provvedimenti limitativi<sup>50</sup>, si suppone, solo di libertà altrui – risiede nella presunzione circa l’esistenza di una *logica binaria*, secondo la quale quella del cittadino e quella del “nemico” sarebbero da reputarsi categorie del tutto eterogenee e incomunicabili; si è precisato a riguardo come per il principio dei vasi comunicanti, gli strappi intervenuti in un settore del sistema tendano sempre ad estendersi<sup>51</sup>: «le “perversioni” degli ordinamenti giuridici possono nascere in un loro riposto angolo, ma poi irresistibilmente si diffondono e contagiano l’intero sistema»<sup>52</sup>.

È soprattutto l’argomentazione eticizzante della contrapposizione fra amici e nemici<sup>53</sup>, fra bene e male, si ribadisce, a rappresentare lo strumento principe per l’erosione di spazi di libertà, instillando l’idea di un’inevitabile restrizione delle libertà in favore della sicurezza, in ragione di un’asserita dicotomia fra sicurezza e libertà posta in termini di incompatibilità<sup>54</sup>, sul presupposto che il probato cittadino non avrebbe

---

<sup>50</sup> Cfr. P. MOROSINI, *op. cit.* in nota 18, p. 688 che evidenzia come spesso si assista ad uno sfruttamento dei governi, pronti, talvolta, ad alimentarlo ad arte, del bisogno di sicurezza, per giustificare un maggiore controllo sui cittadini; anche con limitazioni dei diritti in casi che con il terrorismo non hanno niente a che fare. L’altra fallacia, come si vedrà, è data dalla contrapposizione in termini assoluti fra libertà e sicurezza, che si asserisce figlia di una dicotomia insanabile; cfr. E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 436; A. CAPUTO, *op. cit.* in nota 24, pp. 630 ss.

<sup>51</sup> L. PEPINO, *op. cit.* in nota 20, p. 870. Nello stesso senso, circa il rischio che la lotta al terrorismo porti all’introduzione nel sistema penale di distorsioni suscettibili di espandersi ad altri settori: F. RESTA, *op. cit.* in nota 3, p. 293.

<sup>52</sup> S. RODOTÀ, *op. cit.* in nota 34, p. 56. Con particolare riferimento ai rischi di “contagio” rispetto agli istituti processuali si veda L. MARAFIOTI, *Emergenza e diritti nel processo penale: un conflitto permanente*, in S. MOCCIA (a cura), *op. cit.* in nota 3, pp. 109 ss.

<sup>53</sup> Evidenzia D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 556, come «i discorsi sulla sicurezza tendono pericolosamente a dividere il mondo in campi contrapposti: da un lato i cattivi (spesso brutti e sporchi) che mettono in pericolo la sicurezza, dall’altro lato i cittadini perbene, preoccupati della loro sicurezza».

<sup>54</sup> Cfr. E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 441; V. MASARONE, *op. cit.* in nota 3, pp. 177 s., laddove si fa riferimento alla tendenza a fondare la risposta all’allarme terroristico

nulla a temere e, anzi, una sua eventuale resistenza sarebbe quantomeno sospetta<sup>55</sup>.

Il riflesso più evidente della “distorsione” evidenziata risiede nella perdita da parte del diritto penale del suo carattere frammentario, per diventare onnicomprensivo, totalizzante, con un «drastico rovesciamento dei postulati tradizionali: frammentaria ora è la libertà. È la libertà – cioè l’area di liceità penale – che sussiste in virtù di specifiche eccezioni, di specifici privilegi»<sup>56</sup>.

sulla contrapposizione, erroneamente ritenuta irriducibile, fra difesa delle libertà individuali e il perseguimento di un obiettivo di sicurezza. Il diritto alla sicurezza pare rappresentare «la parola d’ordine di politiche (anche del diritto penale) che fanno della sicurezza la chiave di tutto: un’esigenza presentata come così fondamentale, da spostare sullo sfondo i problemi di garanzia liberale»: D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 741; nello stesso senso, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3562, il quale parla di sicurezza come “parola d’ordine o parola magica”; cfr. F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo...*, cit. in nota 26, p. 673, laddove evidenzia il rischio di un diritto alla sicurezza onnivoro rispetto a tutti gli altri diritti fondamentali, con l’esito finale di tale operazione mistificatoria di uno scardinamento dell’intero sistema di tutela costituzionale; cfr. M. BOVERO, *Premessa. Il fantasma della libertà*, in ID. (cura di), *Quale libertà*, cit. in nota 34, pp. IX s.; A. CAVALIERE, *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2009, pp. 43 ss. In generale sul rapporto tra sicurezza e diritto penale si veda anche M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *op. cit.* in nota 45. Con riferimento alla dottrina tedesca si vedano i recenti contributi di K. GIERHAKKE, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht. Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention*, Berlin, 2013 e R. VOIGT (a cura di), *Sicherheit versus Freiheit. Verteidigung der staatlichen Ordnung um jeden Preis?*, Wiesbaden, 2012, e letteratura ivi citata.

<sup>55</sup> Si tratta di un’argomentazione questa, spesso evocata con riferimento alle possibilità offerte dalle nuove tecnologie in tema di controlli e alle connesse limitazioni della sfera della *privacy*, giustificate in ragione di asserite esigenze di tutela della collettività. Ammonisce a riguardo S. RODOTÀ, *op. cit.* in nota 34, p. 59: «lo “uomo di vetro” è, storicamente, metafora totalitaria perché, reso un omaggio di facciata alle virtù civiche, nella realtà lascia il cittadino inerme di fronte a chiunque voglia impadronirsi di qualsiasi informazione che lo riguardi. Anzi, proprio adottando l’argomento del buon cittadino che nulla ha da nascondere, si fa divenire automaticamente sospetto chiunque voglia mantenere una sfera di riservatezza, intimità, libertà».

<sup>56</sup> F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Bologna, 1990, pp. 11 s.; nello stesso senso E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 439.

## 6. Riflessioni conclusive

Si è evidenziato come una delle cause dell'incertezza del diritto penale sia data dalla precarietà della norma, essa sarebbe «in un continuo divenire: nasce come manufatto semilavorato che viene elaborato, approvato, pubblicato, diventa sì vigente ma viene poi affidato alla realtà pratica per il suo rodaggio. La legge nasce come sperimentale. La legge, poi, ha vita breve: talvolta diventa rapidamente desueta e dimenticata, altre volte viene gettata via perché l'esperimento legislativo non è riuscito oppure ha dati risultati opposti a quelli auspicati»<sup>57</sup>.

Potremmo dunque, di fronte ad una disapplicazione fattuale della norma in commento<sup>58</sup>, giustificata per la sua intrinseca contraddittorietà nella formulazione rispetto agli scopi<sup>59</sup>, licenziare la stessa come un esperimento non riuscito del legislatore e come futili «esercizi di retorica accademica» le riflessioni che precedono, eppure non riusciamo ad allontanare il timore circa una lenta erosione delle fondamenta stesse dello Stato di diritto come tradizionalmente concepito, consistente nel rovesciamento di quel rapporto garantistico di «regola (libertà)/eccezione (illiceità)»<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1194 s.

<sup>58</sup> Il riferimento è all'art. 2-bis, rispetto al quale non è stato possibile individuare alcuna pronuncia nelle principali banche dati; si sono reperite solo notizie giornalistiche sull'avvio di indagini. E qui si porrebbe anche la riflessione circa la strumentalità della norma in un'ottica non tanto sanzionatoria, ma preventiva, soprattutto con riferimento a strumenti d'indagine e processuali; riflessione che purtroppo non è possibile sviluppare in tale sede.

<sup>59</sup> Cfr. E. MORI, *Commento alla Legge 31 luglio 2005, n. 155*, reperibile sul sito [www.earmi.it](http://www.earmi.it), il quale, in particolare, con riferimento alla diffusione telematica evidenzia come il legislatore non abbia tenuto conto di cosa sia realmente *internet* e delle reali possibilità di controllo.

<sup>60</sup> Nello stesso senso M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010, p. 15, il quale evidenzia con riferimento alle leggi ineffettive: «si dirà: poco male, ciò significa soltanto che la loro approvazione risulta a conti fatti inutile, uno spreco d'energie parlamentari che avrebbero potuto meglio indirizzarsi. E invece le leggi inapplicabili producono un vero e proprio danno nei riguardi del sistema giuridico, della sua tenuta complessiva. Stanno lì, e dunque non può escludersi che prima o poi a qualcuno venga in mente di riesumarle per corroborare letture partigiane di questo

L’esperienza ha insegnato che le norme paiono vivere di vita propria, seguendo percorsi diversi da quelli che il legislatore volle loro attribuire<sup>61</sup>; le norme penali hanno mostrato nel tempo di possedere una straordinaria vitalità, capacità di adattamento e di sopravvivenza; esse assumono talora la natura di “norme sanzionatorie dormienti”.

Senza voler apparire eccessivamente retorici, vi è da chiedersi cosa si potrebbe mai opporre a quel pubblico ministero che, a fronte di una rete pervasa da informazioni sulla preparazione e sull’utilizzo di esplosivi<sup>62</sup>, decida un giorno di iscrivere nel registro degli indagati<sup>63</sup> uno studente universitario che nella noia di un pomeriggio avesse deciso di

o quell’istituto normativo[...]. In ogni caso esse si traducono in altrettante fonti di “rumore” nell’ordinamento, sono agenti inquinanti, bolle d’aria che tolgono forza all’efficacia precettiva del diritto: come diceva Montesquieu, “le leggi inutili indeboliscono le leggi necessarie”».

<sup>61</sup> Cfr. ad es. E. CESQUI, *Conflitto politico-sociale e intervento penale: alcuni casi esemplari*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 788, che nell’ottica della necessità di contestualizzazione delle norme, evidenzia come «le norme nascono per vivere autonomamente dalle condizioni che le hanno determinate». L’affermazione in tal caso si pone in un’ottica garantistica, come impegno per l’interprete e vincolo nell’applicazione della legge. Sia pur in un diverso contesto e in un’ottica più che descrittiva, “fondativa”, cfr. A.M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pp. 46 s.: «le norme contenute in una legge non vanno considerate come atti di volontà del legislatore, bensì come comandi giuridici, dotati di energia e di vita propria, i quali, una volta “calati” nel sistema dell’ordinamento giuridico, del quale vengono a far parte integrante, rappresentano di questo le componenti, assolutamente svincolate dagli intenti di chi le ideò e le volle».

<sup>62</sup> Per rendersene conto basti inserire in un qualsiasi motore di ricerca le parole armi, *molotov*, etc. In un articolo pubblicato sul sito del giornale “la Repubblica” nel 2008, nel riportare la notizia dell’arresto, avvenuto a Roma, di cinque ragazzi fra i 17 e 18 anni, tutti incensurati, sorpresi dalle forze dell’ordine mentre stavano lanciando contro un muro degli ordigni esplosivi costruiti sulla base delle informazioni reperite su *Youtube*, si evidenziava che non era difficile trovare *video tutorial* sul sito in questione e che uno tra i filmati più di successo in quel momento era proprio quello di un gruppo di ragazzi americani che spiegava come creare una *molotov* perfetta in sette semplici mosse.

<sup>63</sup> Come ci ricorda M. AINIS, *La legge oscura...*, cit. in nota 60, p. 85: «non può escludersi che dopo anni d’oblio a qualcuno venga in mente di chiedere il conto della legge inapplicabile».

postare sul suo *blog* le istruzioni sulla preparazione di una *molotov*, o, ancora, iscrivesse i responsabili di un forum di chimica (o di appassionati di fuochi d'artificio), dal quale, in base all'analisi del *personal computer* di un terrorista, risulti che questi abbia reperito le informazioni per la preparazione dell'aggressivo chimico utilizzato in un attentato<sup>64</sup>. Ma soprattutto, in caso di condanna, come potremmo giustificare di fronte al cittadino l'inflizione di quella sofferenza legale che va sotto il nome di sanzione penale, rimanendo coerenti ai principi di uno Stato liberaldemocratico e alle moderne teorie sugli scopi della pena<sup>65</sup>?

La giurisprudenza ha mostrato negli anni una particolare sensibilità nel ripudiare degenerazioni sistemiche, ergendosi spesso a garante dei diritti fondamentali<sup>66</sup>, ma la difesa della democrazia, com'è stato preci-

---

<sup>64</sup> Nel 2002 uno studente finlandese di chimica di 19 anni, Petri Gerdt, provocò la morte di sette persone, con numerosi feriti, in un attentato suicida presso un centro commerciale alla periferia di Helsinki. Nei giorni successivi al fatto l'Ufficio nazionale di investigazioni finlandese (NBI) provvide a mettere in stato di fermo due ragazzi per avere scambiato informazioni con l'attentatore tramite la *chat room* "Il foro per la chimica domestica", gestito da un ragazzo di diciassette anni che si faceva chiamare "Einstein"; notizia tratta dal sito del "Corriere della Sera".

<sup>65</sup> Da un lato si pone un problema di coerenza cfr. C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, pp. 11 s.: «Non vi è, non vi sarà mai (meglio: non vi dovrà mai essere), alcuna giustificazione in grado di indicare razionalmente la qualità e la quantità di sofferenza da somministrare a chi ha commesso un crimine. Per questo, le ragioni della coerenza in diritto penale si fanno, tuttavia, ancora più pressanti: infliggere pene non è razionale, ma senza razionalità il carico di sofferenza inferta cresce esponenzialmente. E senza coerenza non vi può essere razionalità»; dall'altro, il problema del finalismo rieducativo, giacché, come si è precisato, affinché la pena possa anche solo aspirare a realizzare tale fine, occorre che il reo possa percepire l'inflizione di tale sofferenza legale «come una risposta giustificata e necessaria in rapporto a lui, e soltanto a lui»: T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 831.

<sup>66</sup> La giurisprudenza ha mostrato la sua "resistenza" nel ripudiare un'eccessiva anticipazione della punibilità, sforzandosi di individuare parametri concreti di pericolosità, in ossequio al principio di offensività. In tal senso si valuti lo sforzo profuso, proprio con riferimento al delitto di cui all'art. 270-*quinquies* c.p., nella sentenza Cass. pen., 29670/11, cit. in nota 4, per ancorare la punibilità ad una «oggettiva idoneità della con-

sato<sup>67</sup>, impone «una sfiducia istituzionalizzata», e il genoma del penalista vede nel vincolo della norma un baluardo a difesa della libertà: «la determinatezza non è una *pruderie* da intellettuali né da professori, ma è una garanzia essenziale di difesa della libertà è, innanzitutto, difesa dal possibile arbitrio giudiziale»<sup>68</sup>.

Ma è altresì lo stesso potere giudiziario, tramite la lesione dei principi in oggetto, a venir esposto al pericolo di una compromissione della sua funzione e credibilità, con conseguente «crisi di identità del magistrato»<sup>69</sup>, giacché il magistrato che applichi una norma priva dei requisiti di chiarezza, accessibilità e prevedibilità nei suoi effetti, «viola il principio della sicurezza giuridica dei cittadini, che è un principio cardine di ogni società democratica»<sup>70</sup>.

Per porre rimedio a quell'inversione fra regola ed eccezione, più volte richiamata, il primo passo non pare che poter essere non già quello di limitarsi a potare i rami secchi, ma più significativamente «di disboscare quella selva che è diventato il diritto penale odierno, per aver voluto soddisfare la pretesa di governare surrettiziamente – con la penalizzazione pletorica – la società»<sup>71</sup>; prendendo al contempo realmente coscienza del fatto che «l'esigenza del primato della politica criminale richiede che la politica finalizzata alla prevenzione del delitto non si

dotta a realizzare l'evento costituente l'obiettivo della condotta». Per altre riflessioni sul punto si veda F. VIGANÒ, *op. cit.* in nota 28, p. 140.

<sup>67</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Brevi note in materia di prassi dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *op. cit.* in nota 3, p. 158, richiamandosi a Max Weber e Habermas.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>69</sup> Così il Procuratore generale della Corte Suprema di Cassazione, dott. Vitaliano Esposito, il 30 gennaio 2009, in occasione dell'intervento all'Assemblea Generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2008. Reperibile sul sito [www.corte.dicassazione.it](http://www.corte.dicassazione.it).

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 91. Seguendo la metafora di M. SBRICCOLI, *Caratteri originari...*, cit. in nota 40, p. 657, occorre sforzarsi di distinguere la terra ferma dalla sua corona di atolli e scogli fatta di pericolosità e presunzioni, prevenzioni soggettive, tutele anticipate, selettività, deterrenze e dissuasioni, modelli differenziati, illeciti minori e introvabili etc.; occorre riscoprire quello che l'autore citato definisce «il penale della civiltà: quello che ha impiegato millenni a portarci fuori dalla vendetta e qualche secolo a (cercare di) farsi luogo della giustizia costruita con la certezza, con la garanzia e con la libertà», *ibidem*, p. 658.

esaurisca nella risposta punitiva, ma anzi si rassegni a questa solo dopo (e in ogni caso senza prescindere dall'esigenza) che lo Stato abbia adempiuto integralmente alla lotta alle cause del crimine con gli strumenti extrapenalistici di prevenzione»<sup>72</sup>.

Il ripristino della razionalità del sistema non può che passare attraverso un processo che, nel rifiutare ipocrisie di forma, miri ad una rinnovata "educazione" alla cultura della legalità<sup>73</sup>. Solo così, tramite una strategia integrata, in cui sia riconosciuto il giusto primato alle contropunte culturali-sociali<sup>74</sup>, recuperando al contempo la funzione sussidiaria del diritto penale, quale strumento di *extrema ratio*<sup>75</sup> che vincoli il

<sup>72</sup> M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 78. E, proprio con riferimento al problema della sicurezza, si rileva che «sappiamo benissimo che il diritto penale, di per sé, non produce sicurezza [...] l'idea corrente che indentifica maggiore severità punitiva con maggiore sicurezza è, puramente e semplicemente, un'idea sbagliata. È la menzogna recitata da politiche che promettono maggiore sicurezza [...] attraverso un ricorso inflazionato alla minaccia di pene detentive e alla messa in scena di una muscolosa severità»: D. PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, cit. in nota 53, p. 566.

<sup>73</sup> Quelli che si potrebbero definire processi di interiorizzazione del precetto, non solo del contenuto della norma quanto della sua stessa valenza. Evidenzia C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 68: «fra coscienza sociale e imperativi giuridico-penalistici tende a instaurarsi un rapporto circolare: una legge penale che affondi le radici nella coscienza sociale può ambire al tempo stesso a plasmarla. In un ordinamento complessivamente legittimato nella coscienza sociale (in primo luogo vigorosamente deflazionato) può assurgere a precetto morale la stessa osservanza della legge positiva, anche nei contenuti eticamente neutrali».

<sup>74</sup> Ci ricorda F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 877, che il vero dramma dell'attuale diritto penale è dato dalla sua «crisi di solitudine» poiché è venuta meno la prioritaria contropunta culturale-sociale. È da tempo, ormai, che, anche in realtà straniere, si evidenzia come il processo di anonimizzazione, innescato dalla società di massa, peraltro "aggravata" dalla spersonalizzazione spesso legata al progresso tecnologico, abbia prodotto una riduzione del bagaglio di valori pre-giuridici (*vorrechtlichen Wertvorstellungen*), cfr. H.-J. VOGEL, *Zur Diskussion um die Normenflut*, in *JZ*, 1979, pp. 322 ss. Si veda anche quanto già riportato in nota 39.

<sup>75</sup> Il riposizionamento del diritto penale nel suo originario alveo rappresenterebbe un recupero della sua centralità che gli viene dall'essere mezzo di garanzia, strumento di tutela delle libertà e criterio per la misurazione del grado di civiltà di un ordinamento: «quando si invoca per esso un ruolo di *extrema ratio*, e si indica la direzione di una



ricorso alla sanzione ad un reale e colpevole disvalore della condotta, senza lasciare che sia il “fato” a governare la pena, si potrà ridare credibilità allo strumento penale.

---

sua “minimizzazione”, non si fa che richiamarlo alla sua storica centralità: vaglio e metro del carattere intimamente liberale della società e delle sue istituzioni»: M. SBRICCOLI, *Caratteri originari...*, cit. in nota 40, p. 669. Sul principio di *ultima ratio*, si veda anche il recente contributo di G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1654 ss.