

MARIA GIOVANNA BRANCATI*

ESERCIZI DI STILE A PASSO DI DEMAGOGIA PENALE,
CARCERE E IMMIGRAZIONE. OVVERO: LA CIRCOLARITÀ
DEL “TRATTAMENTO” NELL’ESECUZIONE DELLA PENA DA
PARTE DELLO STRANIERO.

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. Sulla questione del populismo (penale) in generale. –
3. Tensioni e torsioni tra diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti. Un
esempio: la “criminalizzazione” dello straniero. – 4. Carcere, economia
liberale ed esclusione. – 5. Cosa resta della pena: cenni conclusivi sul
funzionalismo della pena nell’era della demagogia penale.

1. *Prologo.* – Di detenzione e immigrati, detenzione (amministrativa o “penale”) degli immigrati e diritto penale dell’immigrazione¹ si è molto detto e scritto, affollando biblioteche e banche dati di puntuali e sempre attuali riflessioni: cambia il “Pacchetto” – divenuto “Decreto” – ma rimane il “Sicurezza”², arricchendosi di *bis*, e forse anche *ter*, *quater*... Non è mistero, infatti, che la fortunata crisi della

* Maria Giovanna Brancati è dottoranda in Scienze Giuridiche (Diritto penale) presso l’Università degli Studi di Perugia, in co-tutela con l’*École des hautes études en sciences sociales* di Parigi, dove è iscritta alla formazione dottorale in *Droit, Etudes politiques et Philosophie*. Laureatasi in Giurisprudenza presso l’Università di Pisa, consegue il master di II livello in Analisi, prevenzione e contrasto della criminalità organizzata e della corruzione presso lo stesso ateneo; collabora con il Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni L’AltroDiritto dal 2014.

¹ Anche, eventualmente, nell’accezione di diritto penale dell’immigrato, laddove si intenda porre l’enfasi su una sorta di tipizzazione dell’immigrato come soggetto destinatario di specifiche norme penali o (più spesso) di disposizioni di polizia; sul punto cfr. L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4/2013, 765 ss.

² Sul concetto di sicurezza nella trattazione sociologica cfr. già T. PITCH, *La società della prevenzione*, Carocci, Roma, 2006, 107-159; e ancora, in particolare, sul “mercato della sicurezza” ID., 50.

*crimmigration*³ sia divenuta consolidato modello di “amministrazione” delle politiche migratorie nazionali, sino al punto di ritenere concettualmente indivisibili i termini della relazione con l’ordine pubblico e la sicurezza nazionale, anche laddove trattasi – sostanzialmente – di interventi di amministrazione del mercato del lavoro⁴.

Ma non di questo intendo discutere. Piuttosto, partendo da una considerazione che direi di ordine empirico, ho premura di illustrare come ci si trovi oggi all’apice della parabola dell’*impero della paura*⁵,

³ Sul tema, fra tutti, J. STUMPF, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American University Law Review*, LII, 2006, 367 ss.; ID., *Crimmigration: encountering the Leviathan*, in S. PICKERING, J. HAM (eds.), *The Routledge handbook on crime and international migration*, Routledge, Abingdon-New York, 2014, 237 ss.

⁴ Calafà evidenzia lo strabismo di cui sono affette già le politiche europee in materia di accesso degli stranieri al mercato del lavoro comunitario: dall’interpretazione sistematica dell’art. 79 TFUE si evince infatti che la “questione sociale”, ivi compreso il lavoro degli stranieri, «appare inserita in una sorta di circolo vizioso. L’Unione non ha voce in capitolo sull’individuazione delle premesse (generali e nozionistiche) di regolarità e irregolarità, anche del lavoro, ma è chiamata a gestire le conseguenze della loro ricorrenza concreta, senza poter intervenire armonizzando tali nozioni di regolarità, irregolarità e/o le eventuali misure di integrazione sociale degli stranieri. Restano, in buona sostanza, solo compiti di armonizzazione in tema di aspetti patologici del funzionamento del mercato del lavoro (...) e in tema di allontanamento». Dunque, la gestione della questione migratoria, già a livello europeo, è espunta dall’area della sicurezza sociale, per essere ricondotta a un problema di sicurezza in termini di ordine pubblico e difesa dei confini; cfr. L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, Bologna, 2012, 29.

⁵ L’espressione è del filosofo politico Benjamin R. Barber, utilizzata per raccontare in chiave critica l’opzione politica americana nella lotta al terrorismo da parte del Presidente George W. Bush nota come guerra preventiva unilaterale che, lungi dal prevenire il terrorismo – secondo l’A. – al contrario ne alimenta il sentimento di paura e terrore, concludendo che l’unico reale strumento di difesa contro violenza e terrorismo, nel lungo termine, non può che essere la democrazia; cfr. B. R. BARBER, *L’impero della paura. Potenza e impotenza dell’America nel nuovo millennio*, tr. it. T. FRANZOSI, Einaudi, Torino, 2004. Più in generale, sul tema della paura come chiave di lettura della società nella post-modernità, cfr. Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Polity, Cambridge, 2000, tr. it. S. MINUCCI, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

modulato in chiave emergenziale, e come il carcere ne sia irrinunciabile propulsore, con ciò che naturalmente consegue in termini di funzione della pena e, più in generale, di credibilità del sistema penale.

La considerazione di ordine empirico è la seguente: l'esperienza detentiva dello straniero è – per ragioni varie – concretamente più afflittiva di quella vissuta dal reo cittadino e, d'altronde, ciò appare generalmente più accettabile in termini di costi sociali agli occhi della pubblica opinione. A ciò si aggiunge la considerazione per cui, in alcune carceri italiane, la presenza di persone inserite in circuiti di accoglienza (in attesa di giudizio sul proprio status di rifugiato o già titolari di una forma di protezione internazionale) è di recente cresciuta vertiginosamente, in parallelo alla riduzione delle risorse da impiegare nel sistema di accoglienza in senso lato. Naturalmente, nulla ci dice che vi sia una significativa correlazione tra i due poli della funzione; né, del resto, sarebbe mia pretesa dimostrarlo. Un dato, però, salta all'occhio; ed è un dato di carattere empirico, prima ancora che sociologico o addirittura giuridico: la “detenzione” della (presunta) pericolosità sociale, ancorché patologica, è oggi naturalizzata, e neppure ci si scandalizza più. Di contro, le amministrazioni penitenziarie (specialmente le aree educativo-trattamentali), notoriamente poco attrezzate dinanzi alla diversità culturale⁶, sono sempre più spesso

⁶ L'unico ed esplicito riferimento normativo alla figura del mediatore culturale lo si ritrova all'art. 35 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà) che, nello specificare come «nell'esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti dei cittadini stranieri si deve tener conto delle loro difficoltà linguistiche e delle differenze culturali», inquadra l'opera di mediazione tra gli elementi preminenti e ineliminabili del trattamento penitenziario dei detenuti stranieri. Sennonché, lo si legge nella relazione effettuata nell'ambito delle ricerche ministeriali *Lo straniero in carcere* - Dispense ISSP n. 2 (settembre 2013), «sul piano pratico si riscontrano tuttavia profonde lacune, normative e non, attinenti all'esatto inquadramento professionale del mediatore, alla previsione istituzionale, organica e capillare circa la sua presenza nelle strutture penitenziarie, nonché alla predisposizione ed alla certificazione dei percorsi formativi da intraprendere»; v. Ministero della giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, Le Dispense dell'ISSP n. 2, *Lo straniero in carcere. Il carcere degli stranieri: problematiche e aspetti gestionali nella pratica operativa della polizia penitenziaria. Essere stranieri in carcere: profili*

costrette a piegare il proprio *expertise* improvvisandosi ora mediatori culturali, ora linguistici, ora assistenti sociali, ora – addirittura – genitori.

Viene da chiedersi, allora, che fine abbia fatto la rieducazione. E, con essa, la risposta alla domanda “*perché punire*”⁷. Il percorso che intendo seguire corre dunque lungo il filo del populismo (penale), per soffermarsi innanzi alla vituperata finalità rieducativa della pena, nel tentativo di racchiudere in un minuscolo *phamplet* l’epistemologia del trattamento ai tempi dell’imperativo sicurezza.

2. *Sulla questione del populismo (penale) in generale*⁸. – Il dibattito dei teorici e degli scienziati politici sui confini e sulla natura del termine populismo ha una storia pluridecennale⁹. In letteratura, particolare attenzione è stata primariamente posta nella ricerca di un’accezione avalutativa del termine, nel tentativo di isolare quello che è a tutti gli effetti un fenomeno politico circoscritto e dotato di natura propria, avendo a cuore la necessità di distinguerlo dal concetto di “demagogia” o dagli usi giornalistici del termine stesso. Varie sono le definizioni e gli approcci adoperati negli anni per tentare di identificarne gli elementi essenziali. Naturalmente, riassumere il dibattito sul populismo nella sua “disciplina madre”, per giunta in buona parte ancora aperto, non si addice a queste poche righe (né, del resto, chi scrive potrebbe esserne in grado). Tuttavia, pare opportuno tratteggiarne qui gli elementi

di gestione e linee di intervento, a cura di Gabriella Caputo e di Daniela Di Mase, consultabile su www.giustizia.it.

⁷ Sul tema cfr., nella manualistica, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Giappichelli, Torino, 2018, 1 ss.

⁸ Un sentito ringraziamento lo devo qui a Gianluca Piccolino per l’aiuto offertomi nel reperimento delle fonti bibliografiche.

⁹ Cfr. G. IONESCU-E. GELLNER (a cura di), *Populism: its meaning and national characteristics*, Weidenfeld & Nicolson, Londra, 1969; M. CANOVAN, *Populism*, Houghton Mifflin Harcourt P., New York e Londra, 1981; H. G. BETZ, *Radical right-wing populism in Western Europe*, Macmillan, Hampshire e Londra, 1994; C. MUDDE, *Populist radical right parties in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

fondamentali, a mo' di canovaccio, utile per le battute finali di questo lavoro.

Come accennato, ancora vivace è la discussione sulla vera natura del fenomeno. Molti sono gli orientamenti formati negli anni, diretti a considerare il populismo, di volta in volta, come uno stile comunicativo, una strategia, una mentalità o un'ideologia¹⁰. L'approccio che di recente si è affermato in letteratura è quello ideativo: esso considera il populismo come un'ideologia "sottile", che non offre cioè un'interpretazione omnicomprensiva della realtà sociale alla stregua delle ideologie "complete", ma che piuttosto si basa su specifici concetti chiave adatti a combinarsi con altrettanti contenuti ideologici¹¹.

Quali, dunque, gli elementi essenziali che compongono il nucleo forte del populismo? Gli autori lo identificano generalmente in una combinazione di due elementi: un riferimento diretto e disintermediato al popolo da un lato, e la contestazione delle *élite* dall'altro, perfettamente sussumibile nella formula di Margaret Canovan, che rintracciava nel populismo «un appello al popolo contro sia la struttura consolidata del potere sia le idee e i valori dominanti della società»¹².

Posti così i termini della questione, il raccordo con la sua natura di arnese piegato alla politica criminale illiberale non è di immediata comprensione. Parrebbe, anzi, che la letteratura politologica abbia inteso trascurare «il nesso tra questione penale e nascita dei movimenti antisistema»¹³, portando a un autentico divorzio tra scienza politica e dottrina giuridica. Dai resti di questa "crisi coniugale", l' "amante" criminologia ha allevato il proprio figliastro "populismo", lasciando emergere un concetto di populismo penale che si distacca di molto dalla sua radice semantica.

¹⁰ Cfr. M. TARCHI, *Populism: Ideology, political style, mentality?*, in *Politologický časopis-Czech Journal of Political Science*, 23(2), 2016, 95-109.

¹¹ Cfr. V. B. STANLEY, *The thin ideology of populism*, in *Journal of Political Ideologies*, 13(1), 2008, 95-110; C. MUDDE, C. R. KALTWASSER, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

¹² Cfr. M. CANOVAN, *Trust the people! Populism and the two faces of democracy*, in *Political Studies*, 47(1), 1999, 3.

¹³ Così si esprime E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli Editore, Roma, 2019, 12.

Anche sul tema del populismo penale in particolare si sono già avvicendate numerose e autorevoli riflessioni¹⁴, di cui è qui interessante riprendere alcuni fondamentali concetti, utili per le argomentazioni che seguiranno.

L'uso strumentale della norma penale in funzione del raggiungimento di obiettivi politici "populistici"¹⁵ parrebbe essere in buona sostanza il tratto distintivo di questo modo di intendere il potere punitivo; se così è, allora, occorre intendersi sul significato da attribuire a tali «obiettivi politici "populistici"». Giovanni Fiandaca¹⁶, nel commentare una particolare posizione espressa in dottrina¹⁷, giunge (provocatoriamente) a concludere che vi è nel diritto penale (*rectius*: in un dato modo di intendere, oggi, il sistema penale) una certa postura *intrinsecamente* populista, laddove ci si abbandoni alla fiduciosa convinzione che «se si vuole ancora scommettere sulla pena, soprattutto per promuovere un modello di società in cui sia distinguibile il giusto dall'ingiusto, il corretto dallo scorretto e, in definitiva, ciò che si può fare da ciò che non si può fare, il messaggio deve arrivare chiaro e nitido: nettezza delle incriminazioni e delle risposte sanzionatorie, unita alla semplicità e alla funzionalità del sistema sanzionatorio *in action*, dovrebbero costituire le condizioni essenziali per scommettere ancora sul diritto penale»¹⁸. Eppure, non si può fare a meno di notare – in maniera perfino banale – che questa è forse la sola prospettiva che consenta di riportare il ragionamento politico, prima ancora che la riflessione giuridica, su un piano metodologico corretto. Ed eccone le ragioni essenziali.

¹⁴ Per esempio, cfr. F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2018; L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO-V. PAZÉ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 115 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013; S. ANASTASIA, M. ANSEMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, CEDAM, Padova, 2015. Di recente, S. ANASTASIA, *L'uso populista del diritto e della giustizia penale*, in *Ragion Pratica*, 52, giugno 2019, 191-209.

¹⁵ Cfr. D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, Paris, 2005.

¹⁶ Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, 104.

¹⁷ Il riferimento è a D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale Realpolitik in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2/2013, 382.

¹⁸ *Ibidem*.

Nel messaggio istituzionale della *certezza della pena*, candidamente espresso dall'ex Ministro Bonafede¹⁹, è dato cogliere le spie del populismo penale – o, meglio, dell'imbarbarimento della sua dimensione idealconcettuale²⁰ –, insieme alla combinazione per disinnescarne l'ordigno: (I) l'approccio è populistico non già perché si propone di costruire un diritto penale comprensibile dalla gente comune o da questa promosso – operazione in sé condivisibile, se non

¹⁹ Il Ministro della giustizia, nella sintesi della relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019, presentava così il suo approccio ai principi costituzionali nella materia penalistica: «sotto il profilo sostanziale e processuale, le principali direttrici di marcia sono state individuate nella necessità di dover garantire il rispetto dei principi costituzionali della certezza della pena e della ragionevole durata del processo»; v. *Sintesi della Relazione del Ministro sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019*, 7, consultabile su www.giustizia.it.

²⁰ La parola “populismo” oggi giorno è andata diffondendosi considerevolmente nella riflessione sulla politica contemporanea, assumendo un significato che va ben oltre le originarie forme di manifestazione del populismo russo e di quello americano. All'incirca dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso il referente concettuale del termine è andato consolidandosi verso l'immagine di quei «movimenti, partiti e talvolta anche regimi, tutti non riconducibili agevolmente ad alcuna delle famiglie politiche tradizionali, democraticamente non troppo scrupolosi e inclini a una chiassosa retorica del popolo, al contempo contrassegnati da forme di leadership personale»: così A. MASTROPAOLO, *Democrazia e populismo*, in M. BOVERO-V. PAZÉ (a cura di), *op. cit.*, 70. L'A. argomenta che questa dilatazione concettuale avrebbe portato a svuotare l'“etichetta” di contenuto realmente descrittivo e l'avrebbe così resa inservibile sul piano dell'analisi politologica: nella dottrina penalistica, si è parlato di questo fenomeno come di ciò che ha dato origine alla circolazione della dizione di “populismo penale”; per quest'ultimo rilievo cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, 97. La questione è in realtà molto complessa e meriterebbe un autonomo approfondimento. Basti qui accennare che, ad ogni buon conto, quale che sia la portata descrittiva della formula nell'ambito di un'analisi politologica, per le finalità della scienza giuridica sarebbe assai più opportuno utilizzare il termine “demagogia penale” o “uso demagogico del diritto penale”, poiché, in effetti, se è vero che per “populismo penale” debba intendersi «l'idea di un diritto penale finalizzato al (o comunque condizionato dal) perseguimento di obiettivi politici a carattere populistico», legati alla «rassicurazione collettiva rispetto a paure o allarmi a loro volta indotti o comunque enfatizzati da campagne mediatiche» (cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, 104), è proprio di questo che si tratta: il diritto e la giustizia penale rimangono strumenti con cui si perpetua una propaganda lusingatrice delle aspirazioni economiche e sociali delle masse, allo scopo di mantenere o conquistare il potere; ma, non potendo altro promettere, si promette l'esemplarità delle punizioni.

addirittura auspicabile – ma piuttosto perché pretende di “puntare alla pancia” di quella gente comune, di trovare soluzioni semplici a problemi complessi, operando una pericolosa inversione metodologica nell’applicazione dei principi costituzionali.

Come è noto, il principio di legalità implica certezza del precetto, delle condotte incriminate e delle relative risposte sanzionatorie: si tratta di un momento assolutamente antecedente rispetto alla concreta inflizione della pena, che potrebbe anche non esserci per ragioni squisitamente processuali, le quali certamente non fanno venire meno il giudizio di riprovevolezza rispetto a quel *tipo* di fatto commesso. Si tratta, del resto, di piani tenuti ben distinti già nella trattazione didattico-manualistica delle vicende penali²¹. Ora, è evidente che il “contrabbando” della certezza della pena sia mediaticamente più appetibile e veicolabile²², specialmente nell’era in cui l’erosione di ogni forma di coesione sociale spinge verso il vessillo della sicurezza come ultimo baluardo di stabilità dello Stato sovrano. La crisi della democrazia, infatti, non si affaccia che al di là di una crisi di legittimazione della stessa rappresentanza popolare nelle sedi deputate²³ e, per ciò stesso, della legalità in senso lato. La legislazione penale per decreto ne è l’emblema più frastornante: se le paventate necessità e urgenza spingono verso la ricerca dei più arditi motivi di celere risposta istituzionale, il decreto attende poi non di rado diversi mesi prima che possa divenire legge. V’è da chiedersi dove fosse l’urgenza, ancora prima che la necessità.

E allora, il diritto penale, in questo senso, è sì naturalmente soggetto a dinamiche di “politicizzazione” del suo utilizzo, sino al punto, è stato sostenuto, di farsi carico di dettare il «minimo etico» di ogni popolo in

²¹ A mero titolo di esempio, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2011.

²² Per rilievi non dissimili cfr. D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2019, 235.

²³ L’esperienza ci mostra come sia sempre più agita una redistribuzione dei poteri verso soggetti totalmente privi della minima legittimazione democratica, come ad esempio agenzie di *rating*, con ciò che naturalmente consegue in termini di tenuta del sistema politico-istituzionale. Sul punto cfr. già H. MUIR WATT, *Private International Law Beyond the Schism*, in *Transnational Legal Theory*, 3/2011, 347-427.

un dato spaccato di tempo e di luogo²⁴. Le istanze di sicurezza, del resto, sono connaturate alla stessa necessità sottesa alla nascita dello Stato hobbesiano²⁵, e non se ne potrebbe certo mettere in discussione la valenza strumentale rispetto alla tenuta dello Stato di diritto. Ciò, tuttavia, non implica *sic et simpliciter* che il ragionamento sulla sicurezza debba tradursi in un messaggio propagandistico del tipo “*più penale uguale più sicurezza*”; esso, al contrario, rappresenta il nucleo forte della democrazia e consiste precisamente nel ragionamento attorno a quali comportamenti giudicare censurabili da un punto di vista di politica criminale, in quanto potenzialmente pericolosi per il vivere collettivo, e con quali strumenti sanzionatori dare corso alle corrispettive istanze di tutela. È questa la certezza a cui la Costituzione fa esplicito riferimento: ed è esattamente questo il principio cui anche il messaggio politico dovrebbe tendere. Che poi dinnanzi alla commissione di un fatto tipico, colpevole e antigiuridico si giunga all’infrazione di una pena è fatto *temporalmente e concettualmente* secondario, rispetto al quale verranno in rilievo altri principi costituzionali – primo fra tutti il buon vecchio finalismo rieducativo – ed esigenze di punibilità del reo. Peraltro, si tratta di una prospettiva che per prima mette al centro la domanda di tutela e di sicurezza da parte dei consociati: sia perché è in tal modo possibile operare scelte razionali, orientando il proprio comportamento verso condotte che non siano meritevoli di rimprovero penale (o conoscendo *ex ante* la conseguenza che l’ordinamento pone rispetto al proprio agire “antigiuridico”); sia perché, naturalmente, sicurezza significa anche garanzia dei diritti a fronte dell’eventuale arbitrio del potere pubblico²⁶.

Quanto alla ragionevole durata dei processi – tema altrettanto caldo nella narrazione politica di una rinnovata giustizia penale – pur non essendo di diretta pertinenza, si fa comunque doveroso qui obiettare che, per quanto l’assunto sia in linea di principio condivisibile, l’antidoto prospettato non convince affatto, essendo l’estensione *sine die* della prescrizione semmai un “sintomo” di una più grave e

²⁴ Cfr. G. JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, O. Häring edition, Berlino, 1908.

²⁵ Cfr. D. PULITANÒ, *op. cit.*, 236.

²⁶ *Ibidem*.

complessa patologia²⁷. E si tratta, analogamente, della strumentalizzazione politica di un problema che rappresenta la punta di un *iceberg* ben più solido.

Si è detto, però, che nel medesimo ragionamento sotteso all'utilizzo simbolico della certezza della pena, così come evocata in sede istituzionale, si ritrova la combinazione per disinnescare l'ordigno di un uso populistico (o demagogico) del diritto penale: su questo si ritornerà nel paragrafo conclusivo. Adesso pare opportuno spendere qualche parola in più sulla strumentalizzazione dell'idea di sicurezza, prendendo come caso paradigmatico la criminalizzazione dello straniero.

3. *Tensioni e torsioni tra diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti. Un esempio: la "criminalizzazione" dello straniero.* – Come accennato in apertura, non sono mancate autorevoli riflessioni su quale postura debba e possa assumere il diritto criminale quale vessillo di *management* dei flussi migratori²⁸. Tuttavia, per quanto da un punto di vista di politica criminale sia perfino scontato argomentare contro un tale atteggiamento disinibito del diritto penale, la ricerca delle cause che lo hanno reso strumento privilegiato è forse meno banale. Il tratto distintivo che piega sempre più le politiche migratorie criminali (e criminogene)²⁹ verso la logica della sicurezza «*as the defence of the*

²⁷ Si allude alla "riforma" della prescrizione, che rappresenta il secondo dei tre pilastri della legge qui in commento. Per un commento "a caldo" sul punto cfr. G. L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019.

²⁸ Cfr., per esempio, A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Giappichelli, Torino, 2012; A. DI MARTINO *et al.*, *The criminalization of irregular immigration: law and practice in Italy*, Pisa University Press, Pisa, 2013; A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal law and Philosophy*, 2013; cfr. anche D. FALCINELLI, *Il diritto "a tempo" nella gestione dell'immigrazione irregolare. Variabili e costanti della sicurezza pubblica blindata: dall'art. 650 c.p. all'art. 14 d.lgs. n. 286/1998*, in *Arch. pen.*, 1/2012.

²⁹ Intendo qui riferirmi sia ai numerosi strumenti amministrativi e di polizia messi in piedi a partire dalla legge 6 marzo 1998 n. 40 sino agli interventi legislativi più recenti, sia agli istituti di diritto penale vero e proprio, e con essi alla strategia di

sovereign state against external threat»³⁰ è oggi rappresentato da un sentimento di rinnovata sovranità nazionale, disarticolata nella dicotomia tra diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti³¹.

Lo Stato-nazione inteso in modo moderno, costituito dall'unione dell'apparato statale – nel senso weberiano di un governo che esercita il monopolio sull'uso della forza su una popolazione all'interno di un dato territorio – con il gruppo di persone che condividono un sentimento di identità comune che è la nazione, pone quale obiettivo di una strategia di sicurezza nazionale la protezione di entrambi questi elementi. Così, l'apparato statale si relaziona con la popolazione quale gruppo di soggetti su cui esso conserva la prerogativa dell'uso della forza, incrementandone fiducia, coesione sociale e senso di appartenenza. Posti così i termini della relazione Stato-cittadino, qualunque sia la risposta alla domanda “chi e cosa minaccia la sicurezza” – secondo la percezione della popolazione e secondo l'apparato statale – affinché il sinallagma possa sorreggersi, è necessaria, da un lato, la protezione della propria indipendenza politica e integrità territoriale e, dall'altro, della popolazione e dei diritti di libertà ad essa correlati in relazione alla coesione politico-sociale.

Sul piano metodologico si possono distinguere due diversi momenti della salvaguardia della sicurezza, che coincidono altresì con due diverse accezioni di tale termine: nella prospettiva sociologica (esterna al sistema giuridico), sicurezza è da intendersi quale uso del diritto per garantire la protezione dei consociati³², e dunque, in questa logica,

utilizzo del diritto criminale quale strumento posto a presidio garantistico dell'effettività dei procedimenti di espulsione; R. CRUPI, *Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?*, in G. VERDE-A. GENNA (a cura di), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2012, 289, utilizza l'espressione «microsistema» per riferirsi al carattere di eccezionalità del sistema penale in materia di immigrazione; di «sottosistema penale/amministrativo» parla invece A. CAPUTO, *Disequali, illegali, criminali (Una guida alla lettura)*, in *Questione Giustizia*, 1/2009, 85.

³⁰ Cfr. L. ZEDNER, *Security*, Routledge, Abingdon-New York, 2009, 9.

³¹ Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA-M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, FrancoAngeli Editore, Milano, 2001, 19-36.

³² A. BARATTA, *op. cit.*, 20.

quale *funzione del diritto* rispetto all'imperativo sicurezza; diversamente, da un punto di vista tecnico-giuridico, sicurezza è piuttosto certezza dell'effettività del diritto positivamente dato in quel sistema normativo³³, ossia – appunto – *efficienza del diritto* per il fine della sicurezza. Entrambe possono convergere verso differenti modi di intendere la sicurezza dei consociati in uno Stato di diritto; la prospettiva sinora assunta in seno alle politiche di sicurezza adottate in Europa e negli Stati Uniti è quella del diritto alla sicurezza, inteso quasi come un diritto soggettivo a veder giuridicamente riconosciuto il bisogno di sicurezza del cittadino – specchio del sentimento di insicurezza – da parte dello Stato. Ad essa, si contrappone la sicurezza dei diritti, prospettiva che per prima mette al centro la tutela dei diritti fondamentali della persona umana. Da quest'ultima impostazione discende la sfida della ricerca di un modello di politiche di sicurezza che non sia spietatamente legato alla logica dell'inclusione/esclusione di gruppi più o meno estesi di individui, ma che, al contrario, accolga l'istanza di certezza del diritto, la quale deve però recare con sé l'irrinunciabile dogma della legalità, specialmente laddove si tratti di esercizio della pretesa punitiva³⁴.

Ora, però, intendersi su quale sia il male minacciato non è affare di poco conto, soprattutto in considerazione della differente risposta istituzionale che vi si fa discendere. Naturalmente la politica di sicurezza che lo Stato è chiamato a perseguire, in ragione della sua rinnovata funzione sovrana, non è neutrale rispetto alla prospettiva perseguita. Nella società della prevenzione, in cui la sicurezza sociale è destituita da ogni ruolo ordinatore degli individui nella società³⁵, il modello repressivo diviene a tal punto disinvolto da surrogare i diritti sociali con la promessa della radicale rimozione di ogni fattore di pericolo (reale o presunto).

Se dunque la neutralizzazione del rischio “attentato” alla sicurezza dei cittadini è prerogativa della sovranità nazionale, da qualche tempo a questa parte il sistema sembra aver identificato lo straniero, cellula del fenomeno migratorio, quale elemento costitutivo di pericolo e

³³ *Ibidem.*

³⁴ Cfr. *supra*, § 2.

³⁵ Cfr. T. PITCH, *op. cit.*, 112.

quindi soggetto a controllo. Egli diventa così un soggetto indesiderato e lo strumento per ripristinare l'ordine non può che essere la rimozione, l'espulsione e la criminalizzazione. Questi è portatore di quel rischio³⁶ che lo Stato deve tentare di governare in funzione della sua sopravvivenza a fronte del cedimento del welfarismo sociale.

Ma, se è vero che la pratica di confinare la mobilità³⁷ non è uso esclusivo dei nostri tempi, oggi la strategia comunicativa (ma anche *politica*) è duplice: (I) criminalizzazione dell'immigrazione irregolare e lotta contro l'immigrazione clandestina; (II) stigmatizzazione dello straniero come autore principale di alcuni dei crimini ritenuti più atroci dall'opinione pubblica³⁸. Sennonché – è appena il caso di precisarlo – quest'ultima trovata ha tutt'al più la valenza di una cordata propagandistica, se si considera che, naturalmente, non vi sono dati criminologici che confermano la presunta propensione dello “straniero” a compiere alcuni tipi di reato in misura maggiore rispetto al cittadino; né tampoco sul piano statistico risulta esservi altra correlazione che non sia spiegabile rammentando come la (eventuale) maggiore presenza di stranieri in carcere è piuttosto legata a una oggettiva difficoltà di accesso da parte di questi a misure alternative alla detenzione³⁹.

³⁶ Secondo la celebre formula di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Francoforte, 1986, trad. it. W. PRIVITERA et al., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.

³⁷ Se ne può anzi rintracciare un percorso che nella modernità è proprio segnato dall'affermarsi degli Stati nazionali e con essi della necessità di impacchettare le persone per il tramite della loro categorizzazione quali cittadini e non cittadini, cfr. A. SCIURBA, *Confinare la mobilità. Il concentramento e la detenzione dei migranti in Italia*, in S. SIMONETTA (a cura di), *Utopia e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 155-172.

³⁸ Cfr. L. SIRACUSA, *op. cit.*, *passim*.

³⁹ Come è del tutto evidente, i presupposti di accesso alle misure alternative alla detenzione in carcere confliggono molto spesso con questioni di ordine amministrativo e pratico che riguardano la condizione personale della persona straniera: ad esempio, per poter avere accesso alla misura della detenzione domiciliare è necessario disporre di un proprio domicilio, condizione non del tutto scontata per chi proviene da un paese diverso. Analogamente, qualora vi sia stata la condanna per un dei reati di cui all'art. 380 commi I e II, c.p.p. o per alcuni dei reati più gravi, connessi ad esempio agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, alla prostituzione, allo sfruttamento dei minori, l'impossibilità di rinnovo del permesso di soggiorno si pone come ostacolo a carattere

A ben guardare, però, tale paradigma non è del tutto inedito e, anzi, questo processo muove dal disfaccimento dei capisaldi dello stato sociale per giungere a una nuova narrazione di sicurezza individuale: non più la sicurezza sociale del *Welfare State* keynesiano, fatta di investimenti in risorse pubbliche, istituzioni e funzioni di governo, capaci di rendere il benessere diffuso fulcro della coesione sociale; piuttosto, la crisi dello Stato sociale e con essa l'epifania di un modello di società multietnico, globale, che si scontra con la sua ingovernabilità o – meglio – con l'impossibilità di servirsi del vecchio paradigma governativo, cosicché l'ago della bilancia si sposta verso la pretesa di una sicurezza individuale sino a divenire privatizzata⁴⁰. In questo quadro, naturalmente, la repressione – quale strumento di uno Stato sovrano forte – è utile non solo a fini comunicativi, ma anche, in concreto, per separare le componenti interne ed esterne di un sistema alla ricerca del proprio equilibrio.

4. *Carcere, economia liberale ed esclusione*. – Interrogarsi sugli esiti di un approccio eminentemente repressivo in materia di immigrazione non conduce a rilevarne i risultati nefasti soltanto da un punto di vista interno al sistema penale – su cui si ritornerà, sia pure succintamente, in seguito. Al contrario, si tratta di un esercizio, nient'affatto di stile, che induce ad adottare una opportuna postura critica nei confronti del ruolo che il carcere stesso ha assunto nel quadro dei rapporti politico-economici della modernità liberista.

Nell'esperienza occidentale, come è noto, l'idea stessa di confinare le persone in strutture detentive a carattere correzionale è eredità delle cosiddette *workhouses* inglesi⁴¹; in maniera non assai dissimile, nonostante la retorica illuministica e i successivi tentativi di ricerca di

insuperabile per l'accesso a misure di comunità; peraltro, anche laddove il rinnovo del permesso di soggiorno sia in linea teorica possibile, come si sa, tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare, e le difficoltà che si incontrano nel tentativo di mettere in comunicazione le istituzioni preposte non sono poche.

⁴⁰ Sul mercato della sicurezza cfr. *supra*, nt. 2.

⁴¹ Cfr. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Parigi, 1976, tr. it. A. TARCHETTI, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 261 ss.

fondamento razionale alla pratica coercitiva, l'istituzione penitenziaria in sé è venuta affermandosi come strumento di disciplina della popolazione. Al di là, dunque, del fondamento della pena, e con ciò della risposta alla domanda “perché punire”⁴², è verosimile ritenere che l'individuazione del penitenziario quale *tipo* di pena rispondesse a esigenze contingenti all'epoca storica in cui lo stesso si afferma: la necessità di convertire una massa di ex-contadini in manodopera da inserire nel mercato del lavoro dell'iperproduzione fordista sotto forma di socializzazione forzata⁴³. Il reinserimento è implicitamente lavorativo – come del resto insegnava l'eredità vittoriana – e non è un caso che questo principio venga traghettato sino anche alla riforma dell'ordinamento penitenziario dell'86, facendo del lavoro il perno dell'intera retorica rieducativo-trattamentale⁴⁴.

In buona sostanza, si direbbe, l'idealtipo dell'istituzione penitenziaria si fonda sui seguenti presupposti epistemologici:

I. sofferenza ed espiatione corrispondente al crimine compiuto, che si connota di una dimensione strettamente individuale, del tutto slegata dalla considerazione delle cause esogene (quali, ad esempio, carestie, fame, povertà) che avrebbero potuto condurre ad una sorta di “disobbedienza collettiva”. A ciò avrebbe dovuto corrispondere, sul piano della necessità del punire, il principio retribuzionistico;

II. correzione e disciplina, ossia, in un certo senso, promozione di un modello di normalità consentita, *lecita*, al di fuori del quale non vi è affidabilità sociale perché non vi è disponibilità di mezzi materiali e culturali per poter ritenere il soggetto non a rischio del compimento di azioni antisociali;

III. reinserimento o risocializzazione del deviante – *rieducato* – che presuppone la possibilità che questi venga assorbito in un tessuto

⁴² Cfr. *supra*, nt. 7; sul punto ancora *infra*, § 4.

⁴³ Si vedano le celebri ricerche condotte da Georg Rusche e Otto Kirchheimer sull'utilizzo del penitenziario come luogo di costruzione di una struttura sociale ben definita, che mutuava le tecniche disciplinari dai modelli produttivi manifatturiero prima e della fabbrica dopo; G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, Columbia University Press, New York, 1939.

⁴⁴ Con obiettivi, peraltro, più sbandierati che raggiunti, se si considera che (la mancanza di) lavoro in carcere continua a riaffermarsi come uno degli aspetti più critici dell'intera vicenda detentiva.

sociale, ma soprattutto in un mercato del lavoro disposto ad accoglierlo e a consentirgli di continuare a disporre di quei mezzi materiali che gli permettano di astenersi da condotte antisociali, prima ancora che anti giuridiche.

Ebbene, cosa accade quando quest'ultima condizione viene a mancare? In altri termini, che effetto può dirsi avere avuto la globalizzazione – e con essa la liberalizzazione dei mercati e la libera circolazione dei capitali – sulla funzione che il carcere è chiamato a svolgere nell'ordinamento statale?

La globalizzazione dei mercati, che ha portato con sé il cedimento dei monopoli nazionali e delle autonomie delle singole imprese, unita alla progressiva deregolamentazione – animata dal fiducioso dogma dell'economia di libero mercato – pare aver realizzato la profezia foucaultiana di «uno Stato sotto la sorveglianza del mercato, anziché un mercato sotto la sorveglianza dello Stato»⁴⁵. In altri termini, il perimetro della sovranità statale si sgretola di fronte al postulato del mercato come strumento ottimale di allocazione delle risorse, piegando la ragion di Stato alle ragioni di mercato⁴⁶. Ma, in questo quadro bizzarro, ciò che risulta assolutamente scomposto è il rapporto tra merci e capitali da un lato e persone dall'altro: i primi liberamente circolanti, i secondi sottoposti a un processo di stringente selezione.

L'assunto di fondo è piuttosto banale: il passaggio all'economia post-fordista ha determinato il cedimento del sistema dello Stato sociale così come era stato sino a quel momento conosciuto, dando luogo a un processo di adattamento probabilmente non ancora conclusosi. La necessità di mantenere un gettito fiscale sufficiente per coprire le spese e la crescita del debito pubblico hanno via via indotto gli Stati ad adottare sistemi volti a contenere l'espansione del *welfare* mediante tagli selettivi alla spesa sociale, sul presupposto che il livello medio di reddito che può essere garantito mediante la cittadinanza sociale non può espandersi illimitatamente, ma, al contrario, deve soggiacere a

⁴⁵ Cfr. M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique, 1978-79*, Gallimard-Seuil, Paris, 2004, 120.

⁴⁶ Cfr. E. SANTORO, *Dalla cittadinanza inclusiva alla cittadinanza escludente: il ruolo del carcere nel governo delle migrazioni*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 6/2006, 65.

controlli ferrei tali da consentire il mantenimento di un alto livello di competitività nel sistema economico internazionalizzato⁴⁷. Del pari, la globalizzazione dei mercati è da intendersi, naturalmente, anche in riferimento al mercato del lavoro, i cui mutamenti nel senso della flessibilizzazione come strumento di contrasto alla disoccupazione hanno imposto una concorrenza feroce per l'accesso al mercato del lavoro e, in definitiva, per l'arrogazione del diritto all'avere diritti⁴⁸. Dunque, lo Stato abdica non solo al proprio ruolo di governo delle dinamiche del mercato e di garanzia dei diritti fondamentali della persona umana, ma anche alla "missione" risocializzativa, prendendo atto dell'impossibilità di un reinserimento nella società per il tramite di un lavoro che non è più garanzia di affidabilità sociale.

L'esperienza detentiva, in un panorama a tratti pittoresco come quello sinteticamente raccontato, diviene irrinunciabile criterio discrezionale tra il reo meritevole di un trattamento rieducativo in senso classico e tra chi, diversamente, necessita soltanto di essere neutralizzato, poiché non se ne riesce a immaginare un concreto riassorbimento nel tessuto sociale. Si è parlato di «inserimento sociale sperimentale» nel senso che, venuta meno l'esigenza di produrre buoni cittadini (ossia conformi a un modello di normalità predefinita), i soggetti vengono reimmessi in società "sotto condizione" di riuscire a entrare nei meccanismi del mercato e a rimanervi⁴⁹. Ma si potrebbe addirittura ipotizzare un passo ulteriore, che postula considerazioni valide per buona parte della realtà detentiva odierna, ma che trova nella condizione dello straniero autore di reato una vera e propria oggettivazione⁵⁰ del "soggetto criminale", la cui identità è costruita da

⁴⁷ Cfr. R. JESSOP, *La transizione al postfordismo e il welfare state postkeynesiano*, in M. FERRERA (a cura di), *Stato sociale e mercato mondiale*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1993; M. FERRERA, *Dinamiche della globalizzazione e stato sociale*, in M. FERRERA (a cura di), *op. cit.*

⁴⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 71.

⁴⁹ Cfr. E. SANTORO, *Il carcere strumento di democrazia escludente*, in S. SIMONETTA (a cura di), *op. cit.*, 63.

⁵⁰ Il riferimento è naturalmente alla nota teoria dell'oggettivazione di Karl Marx, particolarmente all'idea di oggettivazione del soggetto che in Marx prende le forme di reificazione del lavoratore rispetto alla merce prodotta con l'impiego della propria mano d'opera, sicché il soggetto che lavora costruisce un prodotto che è nei suoi stessi

regole che marcano un allontanamento non solo territoriale (tramite espulsione e rimozione), ma anche sociale, economico e giuridico, attraverso la produzione di condizioni dirette al ciclo perpetuo della sua socializzazione criminale.

In altri termini, se è vero che la fame di manodopera che era stata tratto distintivo della dinamica correzionale e del successivo reinserimento lavorativo di epoca ottocentesca è venuta meno⁵¹, non è però del tutto vero che le società globalizzate non necessitino del pari di una riserva di manodopera flessibile, sovrabbondante, anonima ed eterogenea, disponibile ad accettare qualunque condizione lavorativa: non è cioè detto, in buona sostanza, che l'“altrove” che esiste per i migranti debba consistere nell'espulsione. Quest'ultima, anzi, come ampiamente confermato dai dati statistici⁵², più che operare come concreto strumento di allontanamento dello straniero dal territorio, gli fornisce piuttosto uno *status* che lo marchia a fuoco, rendendolo irregolare – e per ciò stesso *criminale* – e inserendolo in un circuito di perenne precarietà e ciclica ricaduta nell'illegalità. Così opera il doppio stigma della criminalizzazione: da un lato, vi è la condanna del soggetto ad una sanzione penale (che sia autore di un reato comune o di una violazione per così dire *propria*, di cui all'art. 10-*bis*, co. I, D.lgs. n. 268/1998), e dunque la sua identificazione formale quale reo; dall'altro, la sua qualificazione come soggetto pericoloso, sublimazione del sentimento di insicurezza e del corrispettivo diritto alla sicurezza, anche a prescindere da una condanna, si direbbe, secondo la logica tipica delle misure di prevenzione.

In questo contesto, allora, la rinnovata funzione di reinserimento del carcere agisce come paradosso autolegittimantesi: l'esperienza

confronti un oggetto; questa condizione si pone come premessa di un processo di alienazione ed estraneazione del soggetto nei termini di separazione dall'uomo di ciò che materialmente e spiritualmente gli appartiene a vantaggio di qualcosa che si trova al di fuori dell'uomo stesso. Analogamente, l'oggettivazione di cui trattasi conduce a svuotare di individualità lo straniero quale persona umana, che viene a costituire il mero simbolo di una politica (non migratoria ma) del migrante a carattere repressivo.

⁵¹ Cfr. E. SANTORO, *Il carcere*, cit., 64.

⁵² Nel 2015, ad esempio, delle oltre 27.300 espulsioni ordinate, risulta siano state effettivamente eseguite (volontariamente o con accompagnamento coattivo) solo 4.670 (fonte Eurostat).

detentiva diviene un formidabile *training* per chi vi entra, magari incensurato ma impossibilitato ad accedere a misure diverse vuoi per mancanza dei mezzi materiali, vuoi per mancanza di adeguata assistenza tecnica⁵³; così, anche laddove questa si concluda in poco tempo, il soggetto ne rimarrà segnato non soltanto in termini formali – potendo essere destinatario di quel provvedimento di espulsione poi difficilmente eseguibile ed eseguito – ma anche sostanziali, non potendo contare *a fortiori* su un reinserimento in un tessuto sociale che già *ab origine* lo vedeva estraneo. Il reinserimento, o, meglio, l’inserimento lo si avrà soltanto rispetto a un circuito criminale pronto ad accoglierlo come in una feroce mattanza⁵⁴.

Ecco, dunque, in breve, la ciclicità del “trattamento” penitenziario per lo straniero detenuto: criminalizzazione; incarcerazione; difficoltà di accesso a misure alternative, esperienza detentiva sostanzialmente marginalizzante, dovuta – fra le altre cose – a irragionevoli limitazioni che, per quanto cifra caratterizzante l’intera detenzione all’italiana⁵⁵, nel caso dello straniero si sommano a barriere culturali, linguistiche, fisiche, all’isolamento affettivo e alle discriminazioni che ne accentuano significativamente i tratti afflittivi; formale uscita dal circuito penitenziario; espulsione, laddove questa venga concretamente eseguita, ovvero, irregolarità e impossibilità di un reinserimento nel tessuto sociale; ingresso nel bacino del sommerso o in circuiti di manovalanza della criminalità organizzata, o, ancora, nel limbo di un perpetuo ricorso alla microcriminalità per poter sopravvivere.

Il rischio, però, è che il valore dello strumento penale si vanifichi e, dunque, che anche la minacciata pena perda la capacità di svolgere una

⁵³ Si badi che la questione non è puramente retorica: non è mistero, infatti, che – a parità di reato e condizioni occorse – la probabilità che un cittadino possa accedere a circuiti alternativi alla detenzione in carcere è nettamente superiore rispetto a quanto possa dirsi per uno straniero.

⁵⁴ Giuseppe Mosconi parla di «uso del carcere per gestire le relazioni problematiche che si determinano nel quadro complessivo della globalizzazione nel mercato del lavoro tra occupazione e disoccupazione, inclusione ed esclusione, riqualificazione e dequalificazione dei ruoli produttivi»; cfr. G. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull’istituzione penitenziaria*, in S. ANASTASIA-M. PALMA (a cura di), *op. cit.*, 58.

⁵⁵ Per averne un saggio cfr. P. BUFFA, *Umanizzare il carcere*, Laurus, Roma, 2015.

sia pur minima funzione dissuasiva. Sfuma la questione teleologica della pena fintanto che la *ratio* punitiva finisca col coincidere con una sorta di strumento di “prevenzione” e, per ciò stesso cautelare, nel senso che la pena comminata è tale non tanto in proporzione al fatto commesso, quanto, piuttosto, al grado di pericolosità sociale calcolato sulla base delle caratteristiche (presunte o reali che siano) di quel “gruppo” sociale⁵⁶.

5. *Cosa resta della pena: cenni conclusivi sul funzionalismo della pena nell'era della demagogia penale.* – Si giunge adesso alla pena e all'interrogativo circa il suo fondamento, la cui risposta, ancora oggi, continua a fornire validi indizi non solo sulla legittimità dell'intervento penale, ma anche, e primariamente, sulla validità della dinamica della pena medesima nella sua più pura espressione di «*acies triplex*» minaccia-inflizione-esecuzione⁵⁷.

Anzitutto, un breve richiamo deve essere fatto alla necessità di parlare ancora di teoria della pena in chiave politico-criminale. I sistemi penali, come è piuttosto evidente, non nascono dall'«automatismo dei concetti teorici»⁵⁸, ma sono espressione di una precisa opzione politica, intesa nel senso più puro derivante della sua matrice etimologica “πολ-”; πολιτικός, πόλις, οἱ πολλοί, sono termini attinenti alla dimensione della vita comune, pubblica, statale⁵⁹: in definitiva, si tratta delle tecniche di organizzazione pubblica di un gruppo di persone che condivide uno spazio comune. Tuttavia, poiché la politica è sempre questione di accordarsi su come opportunamente organizzare un gruppo di individui che insiste sullo stesso territorio in un dato momento storico, la politica criminale non dovrebbe discostarsi troppo da questo paradigma. Il che non significa, naturalmente, trasformare il giurista in

⁵⁶ Cfr. T. PITCH, *op. cit.*, 109.

⁵⁷ Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998, 118.

⁵⁸ Espressione del celebre giurista tedesco Hans-Heinrich Jescheck, qui ripresa in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, II ed. (1973), tr. it. S. MOCCIA, Guida Editori, Napoli, 1986, 33.

⁵⁹ Per una definizione cfr. il *Dizionario di Filosofia* (2009), Treccani, disponibile anche online su www.treccani.it/enciclopedia.

criminologo e il criminologo in politico; implica soltanto l'esigenza di prendere sul serio, oggi più che mai, l'idea per cui «il diritto penale nasce proprio da esigenze di politica criminale: consentire una pacifica coesistenza tra i consociati»⁶⁰ e da queste, pertanto, non può sentirsi estraneo. Partire da una lettura della scienza penale nei termini descritti consente di assegnare alla teoria della pena il compito di significativa del giudizio sul se e come punire, ponendosi insieme come scopo e argine e delle scelte di criminalizzazione e della decisione di far corrispondere a un fatto di reato – fra il novero delle pene possibili – proprio quella detentiva⁶¹.

Per dirla parafrasando un autorevole penalista⁶², in buona sostanza, continuare a riaffermare strenuamente la validità dell'argomento politico-criminale si pone come presidio di un buon diritto penale, che – si badi – non sia soltanto *minimo*, ma che presupponga una razionalità delle scelte di intervento penale, le quali, per quanto limitate alla stretta osservanza dell'*extrema ratio*, non siano del tutto inconferenti rispetto ai principi che ispirano l'ordinamento.

D'altra parte, affinché il dibattito sulla teleologia della pena non rimanga un gioco di parole, è opportuno considerare due dati:

I. il valore della ideologia in uno Stato non è questione secondaria⁶³; perciò intendersi sui valori condivisi che con il diritto si vogliono tutelare è presupposto sia per un corretto funzionamento dell'apparato statale nel suo complesso – e con esso per una costante verifica di conformità delle scelte adoperate rispetto ai principi ispiratori – sia per il conseguimento di una coesione sociale e di un sentimento di fedeltà alle istituzioni che non necessitino di essere perseguite in altra maniera;

II. uno Stato che si proponga di assumere i tratti dello Stato di diritto e dello Stato sociale – a pena di incorrere in una atroce schizofrenia – non può nichilisticamente limitarsi alla proclamazione del principio rieducativo, certamente sacrosanto, senza interrogarsi sulle condizioni

⁶⁰ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, 21.

⁶¹ Sulla “doppia misura” della sussidiarietà penale cfr. L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in S. ANASTASIA-M. PALMA (a cura di), *op. cit.*, 125-130.

⁶² Cfr. L. EUSEBI, *op. cit.*, 115.

⁶³ Sul punto illuminante è S. MOCCIA, *op. cit.*, 21-38.

materiali che debbano sussistere per la sua concretizzazione. E questo – si badi – è anche il motivo per cui il cultore del diritto penale, nel suo quotidiano affanno, altro non produrrebbe che un mero esercizio di stile se non ragionasse anche sul modo in cui il precetto prende (o non prende) forma nella dinamica di chi ne agisce il contenuto.

Sennonché, sarebbe ingenuo non ammetterlo, il tema di un accattivante e sopraffino *people-friendly*, arpeggiato sulle note dell'interesse nazionale, del popolo che è sovrano, è un tema che sempre di più parrebbe poter legittimare affermazioni tra le più varie, sull'onda lunga della stanchezza e delle ragioni inesprese di chi si sente – *ob torto collo* – schernito ai limiti del raggio dalle istituzioni medesime. Suonando questa rauca melodia, c'è chi addirittura argomenta *giuridicamente* le aberrazioni più totali, invocando a gran voce i più saldi principi di diritto – nient'affatto *diritti*, ma rovesciati⁶⁴ – per dimostrare che la stagione del diritto (penale) liberale debba dirsi conclusa, a fronte di una sicurezza collettiva che diviene diritto individuale e necessita di essere difesa ad ogni costo⁶⁵. Tuttavia, le ragioni del diritto sono naturalmente altra cosa rispetto al piano delle relazioni umane e, d'altra parte, il diritto è frutto delle relazioni umane.

Facendo un passo indietro, si diceva qualche riga fa⁶⁶ che dalle stesse parole del Ministro si coglie quale possa essere la strategia per disinnestare la rischiosa esplosione dell'uso populistico (o demagogico) del diritto penale. La retorica della sicurezza non è in sé un *malum*, lo è esclusivamente (anch'essa) nella sua accezione “demagogica” e cioè, appunto, nell'equazione “*più penale uguale più sicurezza*”. Si badi che, come accennato poco sopra, il diritto criminale – in quanto espressione della forza (direi quasi “bruta”) statale – conserva un'attitudine all'afflittività e alla stigmatizzazione, e ciò a prescindere dalle concezioni retributivistiche, preventive e rieducative della risposta sanzionatoria: una considerazione, questa, con cui è necessario fare i conti anche se si accoglie una concezione liberale del diritto penale⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. *supra*, nt. 19.

⁶⁵ Cfr. T. PITCH, *op. cit.*, 140.

⁶⁶ Cfr. *supra*, § 2.

⁶⁷ Pur non condividendone pienamente l'impostazione, si segnala come ragionevolmente Gabrio Forti parli di «espressione ossimorica» in riferimento alla

In questo senso, è opportuno che se ne faccia un uso *minimo*, affinché esso possa fungere da strumento realmente idoneo a disincentivare il compimento dei fatti criminali così stigmatizzati e, conseguentemente, garantirsi quella sicurezza che sta ragionevolmente a cuore ai rappresentanti politici ed istituzionali. Tuttavia, l'uso minimo – indispensabile – non è per ciò stesso garanzia di razionalità ed efficienza del sistema. Ciò che rende il sistema funzionale al raggiungimento degli obiettivi di tutela (e quindi di sicurezza del diritto) è la sua razionalità interna, data da un doppio livello di coerenza delle scelte incriminatrici: da un lato, esse devono rispondere a un modello di rimprovero ragionevole ed esigibile, che sia sì espressione dei valori condivisi dalla comunità in cui agisce, ma che non ne aizzi gli animi, cavalcando sentimenti di angoscia sociale e smarrimento.

Dall'altro, imprescindibile è la coerenza ordinamentale: se il fine è la risocializzazione – o, quantomeno, la non-desocializzazione⁶⁸ – è opportuno considerare con serietà istituzionale di quali strumenti poter disporre per perseguire il fine risocializzativo *in action*. In altri termini, il penale – a pena di un costante avviluparsi su se stesso, pure a fronte del tenace affanno dei suoi addetti ai lavori – non può ripartire (solo) da sé: al contrario, se la repressione penale non venisse affiancata da idonee politiche (migratorie, economiche, sociali) volte a incidere profondamente sulla razionalità del sistema ordinamentale globalmente inteso – consentendo, ad esempio, allo straniero che abbia dato prova di aver seguito un percorso rieducativo proficuo di poter comunque accedere a un soggiorno regolare alla fine della propria esperienza detentiva – essa, con attitudine non del tutto inedita, finirebbe col servire soltanto a nascondere la realtà delle cose dietro il paravento di comodo di una dichiarata criminalizzazione, vanificandone peraltro la funzione.

Così, anche lo scadimento dei toni del dibattito politico, delle argomentazioni e degli stessi temi portati dinnanzi alla pubblica

dizione di “diritto penale liberale”, cfr. G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI-C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Giuffrè, Milano, 2006, 331.

⁶⁸ Cfr. S. MOCCIA, *op. cit.*, 105.

sensibilità è una spirale che è assai difficile ripercorre *à rebours*: la politica (criminale) dovrebbe in tal senso stimolare alla costruzione di un diritto penale che tenga conto anche dei «diversi condizionamenti che legano il concreto essere umano che delinque alle strutture socio-politiche a lui preesistenti e delle quali non è certamente responsabile o lo è, normalmente, in una misura pressoché irrilevante»⁶⁹.

Per quanto la discussione possa oggi addirittura apparire stucchevole, gli arnesi per operare “sul campo” ce li fornisce ancora l’impianto costituzionale. Sul piano penale: principio di offensività e principio di colpevolezza, quali criteri atti a selezionare le condotte meritevoli di rimprovero penale e a delimitare ragionevolmente l’attribuzione della responsabilità penale⁷⁰; principio di legalità per garantire una cornice di certezza sul piano dei precetti e delle conseguenze sanzionatorie; e, infine, finalismo rieducativo, il quale – si badi – ben potrebbe essere inteso nella sua versione non utopistica di semplice umanizzazione dell’esperienza detentiva. D’altronde, la cornice in cui tali scelte debbono inserirsi è suggerita ancora una volta dalla Costituzione e dalla tutela della umana dignità.

Non è escluso che per questa via il diritto penale possa realmente divenire più comprensibile per i consociati che intende tutelare, abbandonando quella vena demagogica che ne caratterizza troppo spesso le scelte, e che la pena inflitta possa recuperare un senso umano: non il diritto penale che esclude, ma il diritto penale che si prende cura dei diritti dei cittadini in un ordinamento giuridico democratico. La stessa Canovan, del resto, sostiene che il populismo trae linfa dalla tensione tra due elementi costitutivi della democrazia liberale, quello redentore e pragmatico: «[L]a nozione di potere popolare è al centro della visione redentrice: il popolo è l'unica fonte di legittima autorità e la salvezza è promessa nella misura in cui egli si fa carico della sua stessa esistenza. Tuttavia da un punto di vista pragmatico la democrazia è semplicemente una forma di governo, un modo di gestire quella che

⁶⁹ Il riferimento è qui a S. MOCCIA, *op. cit.*, 107, il quale riprende la tesi già espressa in W. MAIHOFER, *Menschenbild und Strafrechtsreform, in Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert. Universitätstage 1964*, Berlino, 1964, 12 ss.

⁷⁰ Così D. PULITANÒ, *op. cit.*, 237.

è pur sempre una certa comunità politica tra le altre in un mondo complesso»⁷¹.

⁷¹ Cfr. M. CANOVAN, *Trust the people*, cit., 10.