



Rivista N°: 4/2023
DATA PUBBLICAZIONE: 02/10/2023

AUTORE: Stefano Rossi*

PENSARE IL NEMICO. A MARGINE DEL CONFRONTO TRA JACOBS E FERRAJOLI

THINKING THE ENEMY. ON THE SIDELINES OF THE DEBATE BETWEEN JACOBS AND FERRAJOLI

Sommario: 1. Premessa. – 2. Una breve genealogia sul nemico. – 3. Note sul nemico in Schmitt. – 4. Il soggetto di diritto e il nemico: struttura (e limiti) del diritto penale del nemico. – 5. Declinazioni del diritto penale del nemico: il caso dell'immigrazione. – 6. Garantismo e democrazia in Ferrajoli.

1. Premessa

Pensare e costruire l'immagine del nemico è frutto dell'esperienza che ognuno può sviluppare nel contesto dell'interazione sociale con gli altri, laddove «dal cuore degli stessi fattori che legano gli uomini gli uni agli altri (l'amore, le affinità di sangue, cultura, interessi, la vicinanza spaziale) scaturiscono gli elementi che massimamente li oppongono, alla stessa stregua in cui odi, conflitti, lotte, anche acuti, stringono relazioni e stabilizzano orizzonti comuni»¹. In tale ambivalenza si condensa la singolare isogonia del binomio amico/nemico in cui spesso, in una sorta di rivalità mimetica², si condivide ciò che esattamente determina anche il grado di separazione. Anche per queste ragioni, all'ambivalente 'naturalzza' con cui si individuano i nemici si accompagna la complessità nella creazione e attribuzione agli stessi di uno statuto giuridico che è difficile ancorare al contesto concreto delle relazioni, nella misura in cui è proprio «l'irriducibile "eccedenza" della vita rispetto a tutte le forme»³ a rendere indomita l'incorporazione dell'esperienza nel diritto.

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea - Università degli Studi di Bergamo.

¹ B. Giacomini, *Relazione e alterità. Tra Simmel e Lévinas*, Il Poligrafo, Padova, 1999, p. 87.

² R. Girard, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980, p. 190.

³ E. Resta, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. X.

Ed è proprio a tal fine che il diritto contrappone all'eccedenza di senso la resistenza della forma nel tentativo di ipostatizzare alcune categorie e di stabilirne convenzionalmente definizioni e limiti, decodificando e ricodificando la realtà attraverso il linguaggio giuridico con l'obiettivo di garantire uniformità al sistema legale. Tale movimento comporta due effetti correlati: da un lato svuota i fatti e i soggetti di identità reale e, dall'altro, li ricostituisce come concetti giuridici attraverso l'uso performativo della grammatica del diritto⁴.

In questo contesto vi sono concetti che svolgono una funzione che si situa a cavallo tra *descriptive* e *narrative heuristics*, stimolando le prime «cambiamenti nel modo in cui descriviamo la realtà», laddove le seconde coinvolgono «cambiamenti nel modo in cui usiamo eventi e storie per rappresentare la realtà»⁵. In tal senso il concetto di nemico, come quello di straniero, vanta questa connotazione trasformativa rappresentando «il confine incarnato del gruppo sociale, colui che incornicia idealmente la società grazie al suo esservi incluso ed escluso contemporaneamente»⁶. Al contempo, esso fa emergere una zona di riflessività – cangiante e incerta, sospesa fra diritto e non diritto, fra ordine e violenza, fra regola ed eccezione – che opera in modo conformativo all'interno di ogni singolo attore sociale e della società nel suo insieme. La società di fatto necessita di nemici, pena la perdita della propria identità, la perdita della nozione di inclusione-esclusione che ne costituisce l'essenza, oltre allo smarrimento dei propri confini⁷.

Così la «metafora del 'fuori' e del 'dentro' permette di moltiplicare le figure del nemico e suggerisce l'esistenza di soggetti che, pur all'interno dello spazio protetto della *polis*, manifestano tratti di quella pericolosa ed ostile estraneità normalmente associata al barbaro che preme alle porte. La diffusione della coppia 'nemico interno/nemico esterno' è l'indizio che il discorso giuridico ha fatto un uso versatile e vario della figura del nemico, adattandola a contesti molto diversi, senza però perdere di vista una valenza unitaria: che emerge quando si vuole denunciare l'esistenza di una minaccia o di un attacco sferrato agli elementi costitutivi di un determinato assetto politico-giuridico»⁸.

Il discorso giuridico non si riduce tuttavia all'identificazione del nemico, a quali classi di devianti debbano essere sussunte in tale concetto e quali siano le loro caratteristiche, ma definisce anche le forme e i limiti del trattamento da riservare al nemico, predisponendo gli strumenti più funzionali a tale scopo.

Sino a che punto il nemico sia integrato – o integrabile – nell'ordinamento e quale sia il profilo dell'identità giuridica da attribuirgli, con il correlato intreccio di diritti e prerogative, è argomento che sfuma in una linea d'ombra lungo la quale la conflittualità, trasmodando in ostilità, conduce il diritto ai suoi limiti estremi, con l'effetto di farne efficace strumento di

⁴ S. Pugliatti, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 145.

⁵ A. Abbott, *Time Matters*, Chicago University Press, Chicago, 2001, p. 146.

⁶ L. Burgazzoli, *Lo straniero nel pensiero di Simmel*, in A. Dal Lago (a cura di), *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, Costa&Nolan, Genova-Milano 1988, p. 70. È questo il paradosso che il diritto si trova a fronteggiare nel momento in cui entra in contatto con la figura del nemico: che non coincide sempre e comunque con il membro di una comunità politica diversa e ostile. Cfr. P. Costa, *I diritti dei nemici: un ossimoro?*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2009, 38, I, p. 2.

⁷ J. Freund, *Il terzo, il nemico, il conflitto. Materiali per una teoria del Politico*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 49-50.

⁸ P. Costa, *I diritti dei nemici: un ossimoro?*, cit., p. 3.

razionalizzazione della violenza o puro orpello incapace di regolarne la forza refrattaria a qualsiasi normazione⁹.

Il nemico si profila in questo quadro come uno strumento euristico a cavallo tra regola ed eccezione, il che si giustifica considerando come «l'ostilità [sia] da un lato l'*altro* del diritto in quanto 'ordinamento della sopravvivenza', situazione normale. Ma dall'altro [sia] anche la sua matrice generativa, il suo 'problema', non trattabile attraverso astrazioni o procedure che già presuppongono la soluzione, ovvero una pacificazione condotta con successo e di misura adeguata»¹⁰.

Questo campo di tensione si riverbera in modo peculiare sulla tenuta del principio di legalità penale negli ordinamenti contemporanei, specie quando, entrato in scena il nemico, si determina una torsione del sistema delle garanzie giustificata dall'argomento della *salus rei-publicae* che relativizza l'intangibilità della persona ed entra in rotta di collisione con quel principio di legalità che è orientato in via prioritaria alla difesa dei diritti fondamentali.

Sono episodio rivelatore della crisi del rapporto tra istanze di sicurezza e garanzie il dibattito sulla tortura¹¹, la legislazione anti-terrorismo così come le normative emergenziali che, esasperando le sanzioni, enfatizzando i meri atti preparatori e adottando formulazioni normative palesemente indeterminate, vengono ad annichilire le garanzie in nome dell'obiettivo prioritario della sicurezza¹². Vi è altresì da sottolineare come, in una sorta di ciclico ritorno, il più incisivo *vulnus* inferto al principio di legalità trovi espressione in quelle fattispecie penali, anche di recente conio, che puniscono qualcuno per ciò che è e non per ciò che fa¹³, sostituendo la repressione dei soggetti dannosi o pericolosi a quella dei corrispondenti comportamenti, lasciando attrarre l'ordinamento nell'orbita della stigmatizzazione e neutralizzazione dei dissidenti, dei diversi, dei sospetti.

Tale esito appare inaccettabile se si pensa che la legalità penale è intrinsecamente legata con la democrazia politica, nella misura in cui «costituzione penalistica» e «democrazia», lungi dall'esprimere valori e principi potenzialmente confliggenti, rappresentano due sistemi

⁹ M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali, 14: Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, p. 485 ss.

¹⁰ G. Preterossi, *L'ovvia verità del 'politico'. Diritto e ostilità in Carl Schmitt*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2009, 38, I, p. 44. In questi termini «l'identificazione del 'nemico interno' è funzionale, in situazioni critiche, al bisogno di pacificazione. La decisione sovrana e/o costituente, punto cieco e fondativo dell'ordinamento, si nutre dell'ostilità (interna) e la trasforma, neutralizzandola, nella principale risorsa di legittimazione. Ogni ordine, anche costituzionale, nasce contrapponendosi a un 'nemico', portatore di un modello d'ordine fallito, sconfitto, superato» (ivi, 62).

¹¹ L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bononia University Press, Bologna, 2019; E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci, Bari, 2018; D. Di Cesare, *Tortura*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016; M. Lalatta Caterbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013.

¹² S. Moccia, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, Esi, Napoli, 1995, p. 27 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 53 ss.; F. Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in "L'indice penale", 2006, IX, 1, p. 180 ss.; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 18 ss.; F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2006, 2, p. 648 ss.; R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 10 ss.; A. Sessa, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in "L'indice penale", 2016, 3, p. 785 ss.

¹³ L. Ferrajoli, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in "Questione Giustizia", 2006, XXVI, pp. 804-805.

fungibilmente cooperativi che dovrebbero convergere nella protezione dei medesimi valori»¹⁴. Il che non vuol dire disconoscere i limiti e la crisi odierna della legalità e delle forme democratiche, ma saperli compensare mettendo a sistema la complessità degli strumenti che costituiscono il patrimonio democratico degli ordinamenti costituzionali (dalla dialettica parlamentare in un sistema maggioritario, al controllo dell'opinione pubblica sino al sindacato di costituzionalità), unica via per trovare un equilibrio nella sfida della *coniunctio oppositorum*, ovvero nel contemperamento fra tutela delle libertà e neutralizzazione del rischio, fra stato di diritto e stato di eccezione.

In questo saggio ci si propone dunque, riprendendo le riflessioni di Günther Jakobs e di Luigi Ferrajoli, di analizzare criticamente le forme e i veicoli normativi attraverso i quali il discorso giuridico ha affrontato le proteiformi manifestazioni del 'nemico', scommettendo sulla possibilità, mediante la limitazione della violenza securitaria del potere, di preservarne i diritti fondamentali.

2. Una breve genealogia sul nemico

L'uso arcaico di *hostis* si rinviene nella formulazione delle *XII Tavole*¹⁵ – *adversus hostem aeterna auctoritas esto* – da cui si ricava come, con tale concetto, originariamente ci si riferisse allo straniero legato al cittadino da un particolare vincolo di parità e dall'obbligo di compensare una certa prestazione di cui è stato il beneficiario¹⁶. Con la fine delle istituzioni arcaiche *hostis* venne ad acquisire il significato volto ad indicare una classe privilegiata degli *inimici*. È in Cicerone (*De off.* I 12) che si rinviene una precisa differenziazione semantica, laddove, nel caso di una contesa fra cittadini (*cum civiliter contendimus*), in cui ci si disputa l'onore e il titolo (*certamen honoris et dignitatis*), si fronteggia un rivale (*competitor*), mentre ove siano in gioco la vita o la supremazia (*imperium*), la battaglia è contro un nemico (*inimicus*), sia esso interno od esterno¹⁷. Sempre in Cicerone emerge come il vocabolo *hostis* era usato in sostituzione di *perduellis* (chi porta la guerra), quasi si volesse addolcire la crudezza di quest'ultimo termine¹⁸.

¹⁴ G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2007, 36, p. 1268; M. Donini, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2001, 1, p. 27 ss.; Id., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, *ivi*, 2010, 3, p. 1067 ss.

¹⁵ Su *hostis* nelle *XII Tavole* si veda la dottrina giuridica in F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, Jovene, Napoli, 1954, pp. 15-18.

¹⁶ F. Mecoglianò, *Hostes Novi Cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Jovene, Napoli, 2017, p. 24 ss.

¹⁷ E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Einaudi, Torino, 1976, p. 64 ss.; M. Bettini, A. Borghini, *La guerra e lo scambio: hostis, perduellis, inimicus*, in Gruppo di Lecce, *Linguistica e antropologia. «Atti del XIV Congresso Internazionale di Studi. Lecce 23-25 maggio 1980»*, Bulzoni, Roma, 1983, p. 303 ss.; A. Calore, *Hostis e il primato del diritto*, in Bollettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja, Giuffrè, Milano, 2012, p. 107 ss. Al di fuori dell'ambito dell'antichistica, si veda per es. Aa.Vv., *Amicus (inimicus) hostis. Le radici concettuali della conflittualità privata e della conflittualità politica*. Ricerca diretta da G. Miglio, Milano, Giuffrè, 1992.

¹⁸ A.R. Dyck, *A commentary on Cicero, De officiis*, in *Ann. Arbor*, University of Michigan Press, 1996, p. 147 s.

Anche la società medievale offre una varietà di strategie di costruzione del nemico che corrispondono al pluralismo ordinamentale che la connotava. Tali costruzioni cambiano a seconda che interessino l'impero, la Chiesa o i comuni, oltre che in ragione delle situazioni concrete, strutture istituzionali e degli interessi in gioco. Ma, a fronte di tale frammentazione, la concezione dell'ordine presuppone la convergenza *ad unum* delle componenti, tutte gerarchicamente subordinate alla totalità. Questa visione organica della società si riverbera sulla strutturazione delle misure adottate verso chi minaccia la tenuta dell'ordinamento, trovando espressione paradigmatica nell'istituto del bando che tende a rafforzare la coesione interna, individuando un nemico ed espellendolo¹⁹. In particolare, nel Trecento, nell'ambito delle lotte anti-imperiali il bando da strumento eccezionale contro i traditori del comune, diviene un'arma da utilizzare a livello politico per estromettere la fazione perdente.

«Ciò che accomuna le diverse tipologie di banditi è l'attacco all'unità e all'integrità dell'ordinamento. Alla messa in questione del *bonum commune* occorre reagire con l'estromissione. Il *bannum* si presenta come il rovescio necessario della *communitas* cittadina. La figura del *civis* ha come propria controparte negativa la figura del *bannitus*. Il *bannum* non è una punizione qualsiasi: è la trasformazione di un soggetto da cittadino a nemico»²⁰.

La consacrazione di tale costruzione si rinviene nel *Tractatus Bannitorum* di Bartolo da Sassoferrato²¹ in cui si sancisce che il bandito, *hostis civitatis suae*, avendo dichiarato guerra al suo comune, può essere impunemente ucciso²².

Nel tentativo di superare la metafisica dell'armonia e della pace sociale come suprema condizione-fine del vivere politico propria del Medioevo e proporre un approccio veristico ai temi sociali, Macchiavelli, nei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*²³, sottolinea la proficua azione costruttiva svolta dal conflitto sociale, tanto da legittimare la presenza nella città di avversari e opposizione politica che non divengano automaticamente anche dei nemici. Le lotte sociali costituiscono un veicolo per l'instaurazione della costituzione mista che impedisca ad un solo «umore» – ovvero quelle che nella modernità sono le classi – di occupare l'intero potere: è quindi il conflitto la fonte di «tutte le leggi che si fanno in favore della libertà»²⁴, nella misura in cui solo il bilanciamento dato dalla reciproca minaccia dell'uso della forza può

¹⁹ D. Cavalca, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 64; G. Milani, *L'esclusione dal comune. Conflitti e bandi politici a Bologna e in altre città italiane tra XII e XIV secolo*, Istituto storico italiano per il Medioevo, Roma, 2003, p. 467 ss.; C. Zendri, *Banniti nostri temporis. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune*, Esi, Napoli, 2017, p. 105 ss.

²⁰ P. Costa, *Figure del nemico: strategie di disconoscimento nella cultura politico-giuridica medievale*, in "Rivista internazionale di diritto comune", 2007, 18, p. 146.

²¹ Bartolo da Sassoferrato, *Tractatus bannitorum*, in Id., *Consilia, Quaestiones et Tractatus*, Venetiis, Apud Iuntas, MDLXX, foll. 132rB-133rA, n. 8; in dottrina S. Lepsius, *Bartolo da Sassoferrato*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 177 ss.; D. Quaglioni, *Bartolo da Sassoferrato (1314-1357)*, in *Enciclopedia del pensiero politico. Autori, concetti, dottrine*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 60A-61B.

²² La formula in *banno comunis Utini eiusque districtus* contemplava l'allontanamento fisico, in quanto divieto di violare i confini territoriali della giurisdizione, e l'esclusione politica *lato sensu*: l'espulsione dall'ordinamento giuridico cittadino comportava la possibilità di essere ucciso impunemente da chiunque.

²³ G. Sasso, *Machiavelli I. Il pensiero politico*, Il Mulino, Bologna 1993, p. 479 ss.; J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone. I. Il pensiero politico fiorentino*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 375 ss.; R. Esposito, *Ordine e conflitto in Machiavelli e Hobbes*, in *Ordine e conflitto. Machiavelli e la letteratura politica del Rinascimento italiano*, Liguori, Napoli 1984, p. 179 ss.

²⁴ N. Macchiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, I, p. 4.

costringere l'«umore» dominante a rinunciare al completo controllo del potere e a ridistribuirlo. Per Macchiavelli l'aver nemici ha ulteriori 'esternalità' positive tramutandosi nella dimostrazione strumentale della virtù del politico che vi si confronta: così «*senza dubbio e' principi diventano grandi quando superano le difficoltà e le opposizioni che sono fatte loro; e però la fortuna, maxime quando vuol fare grande uno principe nuovo, il quale ha maggiore necessità di acquistare reputazione che uno ereditario, gli fa nascere de' nemici, e fagli fare delle imprese contro, acciò che quello abbi cagione di superarle, e – su per quella scala che li hanno pòrta li inimici suoi – salire più alto. Però molti iudicano che uno principe savio debbe, quando e' ne abbi la occasione, nutrirsi con astuzia qualche inimicizia, acciò che, oppresso quella, ne seguiti maggiore sua grandezza*»²⁵.

In questa prospettiva «il nemico è tutt'altro che Altro, e meno che mai disumano; è piuttosto un *alter-ego*, dato che per quanto siano in relazione di ostilità reciproca, l'amico e il nemico sono funzionalmente reversibili e politicamente indissolubili»²⁶.

Diversa è la prospettiva assunta dal pensiero di Bodin nella sua opera *I sei libri dello Stato*²⁷, secondo cui il sovrano si pone come supremo garante dell'ordine istituzionale, non potendo «essere comandato da nessuno e p[otendo] comandare a tutti»²⁸. Di riflesso, pertanto, solo colui che soggiace al potere sovrano, perpetuo ed illimitato, indivisibile ed inalienabile, può divenire cittadino, ovvero un suddito libero che dipende dalla sovranità altrui. Secondo Bodin «ciò che fa il cittadino è l'obbedienza e la riconoscenza del suddito libero per il suo principe sovrano, e la protezione, la giustizia e la difesa del principe nei riguardi del suddito; ed è questa la vera ed essenziale differenza fra cittadino e straniero»²⁹.

L'immagine del nemico, quale che sia la varietà delle sue manifestazioni, acquisisce quindi contorni netti e univoci in quanto frontalmente opposta a (e dunque incompatibile con) un potere dominante sull'ordine sociale. Si delinea così un rapporto di inimicizia radicale, che pone l'uno contro l'altro, il *princeps* e il suddito-traditore (il sovrano e il suo antagonista, l'ordine e il suo nemico).

È tuttavia con Thomas Hobbes che viene messo a fuoco il legame tra natura umana e conflittualità laddove se lo “stato di natura” equivale, di fatto, a uno stato di guerra di tutti contro tutti, è consequenziale che lo “stato civile” figuri come il suo opposto, richiedendo un atto esplicito di negazione e quindi l'attribuzione al sovrano del potere di disporre di tutta la forza necessaria a reprimere fin dalla radice la propensione naturale al conflitto. Questo passaggio si perfeziona con la «sottomissione delle volontà di tutti loro alla volontà di un solo uomo o di un solo consiglio, [che] ha luogo quando ciascuno con un patto si obbliga verso ciascun altro a non resistere alla volontà di quell'uomo o di quel consiglio, cui si è sottomesso; cioè a non rifiutargli l'uso delle proprie forze e ricchezze, contro chiunque altro (perché si intende che egli conserva il diritto di difendersi contro la violenza)»³⁰.

²⁵ N. Macchiavelli, *Il Principe*, Utet, Torino, 1999, p. 337.

²⁶ C. Galli, *Sulla guerra e sul nemico*, in S. Forti, M. Revelli (a cura di), *Paranoia e politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004, p. 25 s.

²⁷ J. Bodin, *I sei libri dello Stato*, Utet, Torino, 1964.

²⁸ *Ivi*, p. 567.

²⁹ *Ivi*, p. 304.

³⁰ T. Hobbes, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Editori Riuniti, Roma, 2005, p. 69.

In questa prospettiva i cittadini che, con qualsivoglia pretesto, non obbediscono al sovrano compiono un torto verso il sovrano, di cui ledono il diritto che essi stessi gli hanno conferito e, al contempo, verso tutti gli altri cittadini, con i quali si erano impegnati all'obbedienza³¹. «Tutto ciò che è comandato dal potere sovrano è [...] giustificato dal comando stesso», perché sovrani legittimi «rendono giuste le cose che comandano con il comandarle, e ingiuste quelle che vietano con il vietarle»³².

Dove non c'è potenza, non c'è sovranità né legge intesa come comando sovrano che sia al contempo effettivamente in grado di imporre l'obbedienza. L'esercizio regolato della violenza da parte del sovrano definisce quindi anche i confini della cittadinanza, laddove «lo Stato conserva nei confronti di chi dissente il proprio diritto originario, cioè il diritto di guerra, come nei confronti di un nemico», e «i ribelli, i traditori, e gli altri rei di lesa maestà sono puniti non per diritto civile, ma naturale; cioè non come cattivi cittadini, ma come nemici dello Stato; e non per diritto di potere o di dominio (*jure imperii sive domini*), ma per diritto di guerra»³³.

Se lo Stato è soggetto creatore di pace interna attraverso la legge positiva, il cui comando razionale esprime non una giustizia naturale o divina ma la volontà del sovrano, allora questa funzione essenzialmente ordinativa priva di indeterminatezza la relazione amico-nemico, consentendo di stabilizzarne i contorni e metterne a terra la matrice.

Nella concezione tradizionale hobbesiana dunque chiunque disconosca l'autorità del sovrano, violandone i comandi, si pone nella posizione del nemico, perché quel rifiuto equivale al misconoscimento della sovranità o crimine di lesa maestà, e trasforma per ciò stesso la punizione della disobbedienza in un atto di guerra³⁴.

Vi è un dialogo oppositivo tra Hobbes e Rousseau nel modo di concepire il rapporto tra violenza individuale e violenza di Stato. «Se per Hobbes lo Stato e il diritto pongono fine a una violenza ad essi preesistente e che nasce sin da quando l'uomo incontra l'uomo, per Rousseau la violenza e il conflitto hanno come origine prima la stabilizzazione, attraverso lo Stato e il diritto, di statuti sociali ed economici disuguali e concorrenti»³⁵.

Secondo Rousseau, per essere sociali è necessario che gli individui abbiano, almeno spiritualmente, la capacità di esserlo integralmente, laddove l'ambizione di rigenerare sia l'uomo che la società non avrebbe prospettive se nella comunità si imponessero sentimenti di estraneità. Il contratto sociale è infatti quel «motore universale» in grado di garantire la libertà la quale si basa sull'alienazione totale di ciascun associato che rinuncia a tutti i suoi diritti in favore della comunità da sottoporre alla suprema direzione della volontà generale³⁶. Per Rousseau, come per Hobbes, l'ordine politico trova espressione istituzionale in forme di potere le cui finalità proprie rendono esigibile, in caso di necessità, anche la scelta drammatica di disporre della vita o della libertà degli individui. Così nell'*Emilio* si rinviene un passo che definisce

³¹ Ivi, p. 151.

³² T. Hobbes, *Leviatano*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 191.

³³ T. Hobbes, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, cit., p. 165.

³⁴ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., 255, p. 259.

³⁵ B. Bachofen, *Da che cosa ci protegge lo Stato? Stato di guerra e Stato di diritto in Hobbes e Rousseau*, in "Storia del pensiero politico", 2013, 1, 93.

³⁶ J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Einaudi, Torino, 1994, p. 23.

la legge come «armata» di «una forza reale, superiore all'azione di ogni volontà particolare»³⁷, e nel *Contratto sociale* che «le forze della città sono senza paragoni maggiori di quelle di un privato»³⁸.

Questa espressione del «potere assoluto» dello Stato trova un'enunciazione radicale nel Ginevrino secondo cui: «Chi vuole il fine vuole anche i mezzi [...]. Ogni malfattore che lede il diritto sociale diviene coi suoi misfatti un ribelle e un traditore della patria, cessa di esserne membro violando le sue leggi, e addirittura le fa la guerra. Allora la conservazione dello Stato diventa incompatibile con la sua, bisogna che uno dei due perisca, e quando si fa morire il colpevole lo si mette a morte meno come cittadino che come nemico»³⁹.

Non è rilevante l'interpretazione di tale passo quale giustificazione della pena capitale, ma come conferma della natura del potere sovrano come potere supremo. La vita e la morte sono un tratto liminare nel confronto con il potere, illuminando i confini dell'esercizio della sovranità a partire dalla considerazione dell'essenza del corpo politico; da tale confronto emerge l'immagine del nemico il cui obiettivo consiste nel distruggere il cuore dello Stato, ovvero il patto sociale, per trasformarlo in uno stato di guerra.

La figura del nemico si desume operando per sottrazione (o distinzione) nella riflessione di Kant, di cui il contratto originario costituisce la chiave di volta⁴⁰. Quest'ultimo è considerato come termine di giudizio dell'azione dei governanti, ma al tempo stesso costituisce dovere primo e incondizionato imposto agli uomini dalla ragione e strumento di garanzia per i sudditi, siano essi cittadini o consociati. Il contratto sociale kantiano (e la costituzione politica ideale che ne deriva) è quindi, seguendo Habermas, «un modello di contratto sociale attraverso cui i consociati 'liberi ed eguali' regolano democraticamente la loro vita collettiva [...]. Un siffatto modello contrattuale serve [...] a identificare le condizioni procedurali per una formazione *razionale* della volontà»⁴¹.

Così se il contratto originario può essere concepito come «l'atto, col quale il popolo stesso si costituisce in uno Stato, o piuttosto la semplice idea di quest'atto, che sola permette di concepirne la legittimità [*Rechtmäßigkeit*]», conseguentemente «una legge pubblica, che determina per tutti ciò che a loro dev'essere giuridicamente lecito o illecito, è l'atto di una volontà pubblica da cui deriva tutto il diritto, e che quindi non deve poter fare torto a nessuno», per essere tale, deve costituire il frutto della «volontà [...] del popolo intero»⁴².

³⁷ J.-J. Rousseau, *Emilio*, in Id., *Opere*, Firenze, Sansoni, 1972, p. 389.

³⁸ J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit., p. 89.

³⁹ J.-J. Rousseau, *Scritti politici*, Bari, Laterza, 1971, II, pp. 109-110.

⁴⁰ Sul punto si rinvia a N. Bobbio, *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Giappichelli, Torino, 1957, p. 27 ss.; G. Duso, *Il carattere ideale della costituzione repubblicana in Kant*, in G.M. Chiodi, G. Marini, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Kant*, FrancoAngeli, Milano, 2001, p. 42 ss.; F. Gonnelli, *La filosofia politica di Kant*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 28 secondo cui «La realtà con cui il contratto originario vincola il rappresentante ha dunque uno statuto del tutto particolare, perché è definita, in primo luogo, da una filosofia politica intesa non come precettistica o dottrina dello Stato ottimo, ma come teoria che permette di comprendere razionalmente la costituzione reale del rapporto tra potere e libertà, per ricondurla a principi necessari»

⁴¹ J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, Edizioni di Comunità, Torino, 2001, p. 15.

⁴² I. Kant, *Sopra il detto comune: Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica*, in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino, 1995, p. 259.

Il diritto pubblico, come l'insieme di quelle leggi positive che danno vita ad una condizione giuridica, si presenta quale sistema di leggi per un popolo che, esprimendosi attraverso la volontà generale, diventa partecipe del diritto⁴³.

La strategia argomentativa alla base di tale costruzione principia dal carattere fondamentale del contratto originale da cui deriva l'*irreprensibilità* (*untadelig, irreprehensibel*) della legge, di cui si presume un generale consenso da parte del popolo; da questa si arriva all'*irresistibilità* (*unwiderstehlich, irresistibel*), ovvero al potere di costringere ed al divieto di opporsi⁴⁴.

In questa prospettiva, sarebbe dunque ingiusta una legge di cui non si potesse presumere il 'consenso' del popolo: naturalmente Kant non ritiene tale assunto un fatto empirico, bensì di «una semplice idea della ragione, ma che ha indubbiamente la sua realtà (pratica) che consiste nell'obbligare il legislatore a far leggi come se dovessero derivare dalla volontà comune di tutto un popolo e nel considerare ogni suddito, in quanto vuol essere cittadino, come se avesse dato il suo consenso a una tale volontà»⁴⁵.

Il riflesso di tale costruzione è dato dall'assoluta negazione del diritto di resistenza. «Contro il supremo legislatore dello Stato non vi può essere dunque nessuna resistenza legittima da parte del popolo, perché soltanto grazie alla sottomissione di tutti alla sua volontà universalmente legislatrice è possibile uno stato giuridico»⁴⁶.

La negazione della legittimità della resistenza alle leggi dello Stato, comprensiva della *sedition* e della *rebellion*, non può essere oggetto di discussione, nella misura in cui il popolo ha il dovere di sopportare, anche quando l'abuso è insopportabile, per la ragione che, se così non fosse, l'intero ordine legale sarebbe distrutto⁴⁷.

Per evitare di veder «distrutto il solo Stato in cui gli uomini possano in generale trovarsi in possesso dei loro diritti»⁴⁸, «non c'è altro da fare che obbedire [...] se anche quel potere o chi lo rappresenta, il capo dello Stato, violasse il contratto originario e perdesse in tal modo, a giudizio dei sudditi, il diritto di essere legislatore, per aver autorizzato il governo a condursi del tutto tirannicamente, ciò nonostante non sarebbe lecito al suddito far resistenza a titolo di rappresaglia. E il motivo si è che, nei riguardi di una costituzione civile già esistente, il popolo non ha alcun diritto di giudicare come quella costituzione debba essere applicata»⁴⁹.

⁴³ I. Kant, *Metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari, 1973, p. 142.

⁴⁴ C. Sabbatini, *Una cittadinanza razionale. Interpretazione del diritto nello scritto kantiano Sopra il detto comune*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 215.

⁴⁵ I. Kant, *Sopra il detto comune: Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica*, cit., p. 262

⁴⁶ I. Kant, *Metafisica dei costumi*, cit., pp. 150-151 che rileva: «Affinché il popolo fosse autorizzato alla resistenza dovrebbe infatti esistere una legge pubblica che la permettesse, vale a dire la legislazione sovrana dovrebbe contenere in sé stessa una disposizione secondo la quale essa non sarebbe più sovrana, e il popolo, come suddito, verrebbe dichiarato, in un solo e medesimo giudizio, sovrano di colui al quale è soggetto, il che è contraddittorio». In dottrina L. Scuccimarra, *Obbedienza, resistenza, ribellione. Kant e il problema dell'obbligo politico*, Jouvence, Roma, 1998.

⁴⁷ «Il fondamento del dovere che ha il popolo di sopportare l'abuso del potere supremo persino quando questo è dato come insopportabile, consiste in ciò: che la sua resistenza contro la legislazione sovrana non deve mai essere considerata altrimenti che come contraria alla legge, anzi come distruggente l'intera costituzione legale» Cfr. I. Kant, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 153. Sul tema A. Jellamo, *Osservazioni su legalità e giustizia. Kant, Kelsen, Radbruch*, in "Rivista italiana di filosofia del diritto", 2019, 2, p. 406.

⁴⁸ I. Kant, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 263.

⁴⁹ Ivi, p. 265.

In linea con un rigoroso lealismo, Kant ritiene che la contestazione dell'ordine sovrano possa determinare il crollo dell'assetto istituzionale che, a sua volta, assicura l'unitarietà della compagine sociale: un attacco alla sovranità, incarnata dal sovrano, distruggerebbe la coerenza delle relazioni sociali che da sistema giuridico razionale si ridurrebbero alla disordinata espressione delle pulsioni sensibili, estranea all'ambito della ragione. In questo senso il nemico interno si connota come nemico del sistema o del potere costituito, ma che, a sua volta, può divenire nuovo reggitore dello Stato, a cui si deve lealtà, qualora il cambiamento insurrezionale di una costituzione vigente divenga «palingenesi» di «nuovo ordine», frutto di una «rivoluzione riuscita»⁵⁰.

Non si può poi non accennare alle riflessioni di Hegel, filosofo che fornisce strumenti per la comprensione del *nomos*, della dialettica tra Stato e società civile, del diritto internazionale ed anche della guerra.

In Hegel le relazioni tra gli Stati sono regolate dalla dialettica hobbesiana amico-nemico, che permane, così come la lotta per il riconoscimento, quale idea regolativa sulla cui base spiegare, giustificare e criticare norme, pratiche, istituzioni anche a seguito del passaggio dallo stato di natura allo stato etico. Se, da un lato, entro i suoi confini lo Stato si rappresenta come universale razionale e sostanza etica in forza del dominio delle leggi, dall'altro, nei rapporti internazionali quella razionalità si scioglie nella sfera della lotta per il riconoscimento, frutto di una dialettica tra razionale e reale che, nel solco di Fichte, si volge ad una conciliazione all'infinito. Per Hegel il conflitto tra gli Stati non si risolve sul piano della ragione ma su quello della decisione condizionata dalla volontà di potenza sicché pare naturale che «la controversia degli Stati p[ossa] quindi, in quanto le volontà particolari non trovano un accordo, venir decisa soltanto dalla guerra»⁵¹. Va sottolineato che, d'altra parte, la guerra integra e completa l'eticizzazione della società civile, che dovrebbe essere regolata dalla dialettica tra famiglia-società civile-Stato. «La dimensione etica, nel passaggio dalla società civile allo Stato, non è infatti in grado di pervenire ad una compiuta riconciliazione. La composizione atomistica della società civile, dominata dalle passioni animali dell'economia moderna, non assurge, nonostante le corporazioni, l'educazione, gli organismi statuali, al senso di una autentica comunità. Permane un residuo di "egoismo" individualistico che minaccia sempre di erompere. Donde la necessità della guerra in intima connessione con l'idealismo filosofico. È la guerra che riconduce il movimento centrifugo della società civile all'ideale centripeto della comunità etica»⁵². Pertanto, l'eticità all'interno dello Stato viene garantita solo dalla perpetua possibilità del nemico esterno, nella misura in cui l'egoismo individualistico non può mai essere definitivamente superato e la dialettica non può pervenire ad una autentica conciliazione. Questa impostazione determina la natura profondamente pre-civile del concetto hegeliano di nemico come differenza etica essenziale, una tale differenza – ovvero l'essenza di questo opposto essere vivente – si rispecchia nel nemico, «e la differenza, posta in relazione, è del pari il contrario di quella, dell'essere dell'opposizione, il nulla del nemico [...] Per l'etico questo

⁵⁰ Ivi, p. 153 s., p. 175.

⁵¹ G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Bari, 1991, 262. Sul tema cfr. S. Avineri, *La teoria hegeliana dello Stato*, Laterza, Bari, 1973, 231 ss.

⁵² M. Borghesi, *La comunità e il nemico. Teodicea e teologia politica in Hegel*, in "Sophia", 2020, 1, 76 s.

nemico può essere soltanto un nemico del popolo ed esso stesso soltanto un popolo. È per il popolo che il singolo si espone al pericolo di morte, entrando in scena come singolo»⁵³.

In conclusione, l'idea del nemico ricorre carsicamente nella storia del diritto e del pensiero politico, emergendo come problema da tematizzare in modo autonomo, oppure quale riflesso della strutturazione dei poteri sovrani, di cui è antitesi e, a volte, strumento di legittimazione⁵⁴ a partire da meccanismi di negazione.

«I meccanismi di esclusione che separano l'amico dal nemico, l'uomo "ben riuscito" dall'*Untermensch* e, in sostanza, "noi" da "loro", si fondano sul principio logico della negazione. Attraverso la foucaultiana operazione del *partage* si nega all'altro l'appartenenza a una certa specie, razza o civiltà privilegiata e, di conseguenza, si svaluta, si disprezza o si odia chi ne è fuori: lo schiavo, il selvaggio, il barbaro, l'ebreo, lo straniero. Il "no" del linguaggio e l'operazione logica dell'*omnis determinatio est negatio* – trasferendosi nella politica, radicalizzandosi e adattandosi ai tempi – passano dall'atto di privare qualcuno di una determinata qualità, a quello della sua distruzione, dalla negazione all'annientamento. Sono questi i presupposti "metafisici" che hanno a lungo caratterizzato non solo il pensiero politico, ma anche la storia e le pratiche della modernità, da Hobbes fino a Carl Schmitt, da Hegel a Heidegger o da Freud a Kojève. Pur dichiarando l'equivalenza astratta del "sì" e del "no", dell'affermazione e della negazione, il negativo prende spesso il sopravvento e perfino la dialettica negazione della negazione non dà luogo all'affermazione, ma a una negatività rafforzata»⁵⁵.

Vi è poi da rilevare come i concetti del diritto siano oggetti equivoci, esattamente come la realtà che viviamo, e proprio per questa loro natura sono in grado di spiegare le ragioni della complessità della regolamentazione del rapporto *hospes/hostis*, quale forma del contrasto interno al diritto.

Ve ne è traccia in molti racconti che stanno alle radici della cultura occidentale, come l'*Antigone* di Sofocle attraverso cui si disvela la dinamica dell'affermazione autoritaria del *nómos* verso colui che è dichiarato nemico della patria e condannato per questo a rimanere privo di una degna sepoltura. In questo contesto «il *nómos* del tiranno non può che seguire la ragione di uno solo, di un'unica patria; con la conseguenza che esistono amici o nemici, o pazzi, come Antigone, giudicata folle (*á-nous*, priva di senso) perché disobbedisce»⁵⁶.

La tragedia sofoclea, come il dibattito contemporaneo sul nemico, mira «essenzialmente a suscitare domande, evocare problemi profondi, molteplici e concatenati, portando in

⁵³ G.W.F. Hegel, *Il sistema dell'eticità*, in *Scritti di filosofia del diritto – 1802-1803*, Laterza, Bari, 1962, p. 208.

⁵⁴ In questo senso, nell'intento di storicizzare nel pensiero politico la coppia amico-nemico, Portinaro ha mostrato quanto sia forte ed antico il nesso che lega politica e conflittualità: «Da esso scaturisce [...] la convinzione che potere politico e forza non possono prescindere l'uno dall'altro, essendo la forza il mezzo a cui si fa ricorso per minacciare e contrastare alla minaccia, ma al tempo stesso anche la convinzione che la politica è sostanzialmente lotta contro un nemico e, correlativamente, lotta per costituirsi un seguito di amici, sulla cui durata fedeltà soltanto può consolidarsi un uso continuativo della forza e instaurarsi un ordine stabile di rapporti». Cfr. P. P. Portinaro, *Materiali per una storicizzazione della coppia amico-nemico*, in Aa.Vv., *Amicus (inimicus) hostis. Le radici concettuali della conflittualità privata e della conflittualità politica*, cit., p. 223

⁵⁵ R. Bodej, *La negazione della negazione è ancora una negazione*, in "Il Sole 24 Ore", 24 aprile 2018.

⁵⁶ M.P. Mittica, *Fabbricare il tempo*, in "Sociologia del diritto", 2003, 1, p. 184 s.

scena, senza una dichiarata via di uscita, un conflitto angoscioso»⁵⁷ che invita ad una sofferta rimeditazione attorno all'ambivalenza del potere.

In questo senso, discutere sull'inimicizia presuppone il ragionare sulla complessità cogliendo l'affollamento di paradossi e di contraddizioni che ci investe con tutto il suo carico e finisce con l'abitare ognuno di noi. Riconoscerlo significa saper decifrare quelle dissonanze che hanno coinvolto il diritto negli ultimi anni ed è questo che maggiormente ci interessa in questa sede.

3. Note sul nemico in Schmitt

La riflessione sul nemico costituisce uno degli snodi problematici, contraddittori e, al contempo, più controversi del pensiero di Carl Schmitt, divenendo parte essenziale del rapporto tra politica e diritto, ambiti tra di loro strettamente interrelati che si intrecciano e si sovrappongono fino a confondersi⁵⁸. In questo intreccio il politico, inteso nella sua dimensione tragica, alimenta e forza le scelte del diritto nella misura in cui «si inserisce nella tradizione del pensiero giuridico per inquietarla e turbarla, perché di quella tradizione rifiuta appunto il rapporto 'architettonico' fra ragione giuridica e realtà sociale; perché insomma sceglie di perseguire l'efficacia della scienza giuridica attraverso la sua imperfezione, cioè di operare proprio quella che per Kelsen è una sua contaminazione con la politica»⁵⁹.

In questa prospettiva, l'analisi del giurista di Plettenberg, nel tentativo di problematizzare il ruolo dello Stato nel «conflitto fra diritto e politica»⁶⁰, oltrepassa gli angusti confini della disciplina giuridica e «predilige le zone di confine, dalle quali cogliere non tanto la struttura dell'ordine quanto le sue fratture, le linee lungo le quali l'ordine si spezza per poi ricomporsi di nuovo»⁶¹. Come si è acutamente sostenuto vi è un parallelismo tra «il doppio sguardo mitico di Giano e quello politico di Schmitt, dotato della medesima capacità ambivalente di vedere da due lati il "politico", ossia di cogliere il passaggio tra informe e forma, tra Caos e ordine, tra guerra e pace, e la loro fatale reversibilità, cioè di nuovo il passaggio tra forma e crisi»⁶².

Al contempo il pensiero schmittiano va inquadrato nell'ambito del contesto storico-politico da cui origina, dall'esperienza dello Stato tedesco e dalla crisi della Repubblica di Weimar, che conduce a rappresentare in termini ambivalenti la relazione tra il politico e lo Stato: così se vi è una critica corrosiva e destrutturante dello Stato, l'esito non è il suo superamento, né l'abbandono dei concetti statualistici che, pur utilizzati per qualificare e descrivere un

⁵⁷ E. Stolfi, *Nómoi e dualità tragiche. Un seminario su Antigone*, in "Dike", 2014, 7, p. 112.

⁵⁸ M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico", 1986, 15, p. 691 ss.

⁵⁹ C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 302 s.

⁶⁰ M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Routledge, Abingdon 2013, p. 109 ss.

⁶¹ P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. L'età dei totalitarismi*, IV, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 49 s.

⁶² C. Galli, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 7.

contesto profondamente mutato, permangono determinando un corto-circuito tra normatività ed effettività. Questa prospettiva teorica trova quindi la sua ragion d'essere proprio nel contesto di un tornante storico in cui il convincimento tenacemente radicato, per cui la politica e la vita sono forme di lotta, ha perso molta della sua capacità euristica dinnanzi al vortice autodistruttivo nel quale è rimasta impigliata la prassi politica e dinnanzi alla bancarotta della cultura politico-giuridica legata allo Stato moderno, neutralizzatore e regolatore per secoli dei conflitti civili e delle guerre esterne⁶³.

«Il concetto di Stato presuppone quello di 'politico'. Per il linguaggio odierno, Stato è lo status politico di un popolo organizzato su un territorio chiuso»⁶⁴, laddove «tutti i caratteri di questa definizione – status e popolo – acquistano il loro significato solo grazie all'ulteriore carattere del 'politico' e divengono incomprensibili se viene fraintesa l'essenza di quest'ultimo»⁶⁵.

Nello *jus publicum europaeum* lo Stato si rappresentava come il modello dell'unità politica, esercitando un «monopolio del 'politico'. Era questo il caso quando lo Stato o non riconosceva come controparte alcuna 'società' (come ancora nel XVIII secolo) oppure almeno si situava come potere stabile e separato dalla 'società' (come in Germania durante il XIX secolo e in parte ancora nel XX)»⁶⁶. L'affermazione del pluralismo che ha segnato il passaggio alla modernità e il suo esplicitarsi nella separazione tra Stato e società civile, fondamento della formula costituzionale dello Stato di diritto, ha aperto una faglia critica determinata dal fatto che «tutti i settori fino a quel momento 'neutrali' – religione, cultura, educazione, economia – cessano di essere 'neutrali' nel senso di non-statali e non-politici. Come concetto polemicamente contrapposto a tali neutralizzazioni e spoliticizzazioni di settori importanti della realtà compare lo Stato totale proprio dell'identità fra Stato e società, mai disinteressato di fronte a nessun settore della realtà e potenzialmente comprensivo di tutti. Di conseguenza in esso tutto è politico»⁶⁷.

La traducibilità della società nello Stato, l'adeguatezza della formalizzazione istituzionalizzata dello Stato di diritto a dimostrare e a garantire la continuità fra realtà empirica e ordine giuridico, trovano una sintesi nel concetto di politico che prescinde nella sua formulazione da quello di Stato.

In questi termini, così come l'ambito della morale si determina a partire dalla distinzione concettuale tra "bene" e "male", quello dell'estetica tra "bello" e "brutto", quello dell'economia tra "utile" e "dannoso", allo stesso modo «sorge la questione se anche nell'ambito del politico esista – e in che cosa consista – una distinzione particolare, autonoma e come tale illuminante»⁶⁸. Se al politico spetta lo stesso grado di autonomia che è tributato agli altri ambiti, andrà individuata una coppia concettuale in grado di chiarire le coordinate del politico, senza

⁶³ A. Campi, *Trittico sulla guerra – Schmitt, Aron, Freund*, in "Avallón. L'uomo e il sacro", 1995, 35, p. 103.

⁶⁴ C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 101. In dottrina M. Carducci, «Estrativismo» e «nemico» nell'era «fossile» del costituzionalismo, in "Diritto pubblico e comparato europeo", 2019, p. 61 ss.

⁶⁵ Ivi, p. 106.

⁶⁶ Ivi, p. 105.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ivi, 118.

alcun rimando ad altre sfere dell'agire umano. Tale distinzione è individuata nella coppia concettuale amico/nemico che delinea lo svolgimento bivalente dell'unità politica, il cui significato ultimo si rinviene in Schmitt nella capacità di pacificare l'ostilità radicale – il *politico* – e di mettere in forma il pluralismo attraverso la creazione di una dimensione di unità e di condivisione nell'ambito di una vita associata caratterizzata da individui e gruppi sociali che, nell'epoca del pluralismo delle credenze e dei valori, si presentano come attori estranei e potenzialmente ostili tra loro.

Lungo il solco tracciato da Hobbes, Schmitt sottolinea che, se i conflitti politici sono connotati dalla disponibilità a mettere in gioco la vita, allora l'ordine politico non può essere assicurato attraverso la sola coercizione. In Hobbes, infatti, lo Stato può garantire l'ordine solo a condizione di offrire una risposta deterrente sia alle minacce alla sicurezza neutralizzabili attraverso la coercizione, che attengono a beni disponibili, che a quelle che si esplicano in un conflitto radicale tra gruppi sociali che si contendano beni “non negoziabili”, trasformando la politica in un campo di battaglia tra istanze ideali. In quest'ultima ipotesi i contendenti sono disposti a mettere a rischio la propria vita per raggiungere un ideale trascendente, così, prendendo a paradigma i conflitti di religione, vengono meno le condizioni di neutralizzazione del conflitto che renderebbero sufficiente la sola coercizione: infatti se il premio per la morte in battaglia contro l'infedele è la salvezza ultraterrena allora la conservazione della vita non è un bene “ultimo” e quindi la minaccia di morte derivante dalla coercizione sovrana mostra tutta la sua impotenza.

Per ovviare a tale limite, nella prospettiva hobbesiana, il progetto dell'ordine politico volto alla convivenza pacifica degli individui trova il suo presupposto comunitario: la possibilità dell'ordine è condizionata dalla neutralizzazione del conflitto per il giusto e l'ingiusto che non trova soluzione nella coercizione, ma richiede piuttosto l'adesione alle istituzioni, assicurata dalla volontà “morale” degli individui.

Dato che «tutti i patti [...] derivano la loro forza dalla volontà dei contraenti»⁶⁹, «allora non possono non derivarla dalla loro utilità, dal fatto cioè che gli uomini siano determinati a volerli non solo stringere, ma anche rispettare, in vista dei vantaggi legati alla pace: chi vuole realizzare la pace attraverso un patto non può, senza contraddire sé stesso e privarsi da solo del fine desiderato, tradire la parola data, non può cioè agire ingiustamente»⁷⁰.

Tuttavia, nel caso di conflitti su beni indisponibili, l'orientamento morale delle volontà degli individui, che fonda la subordinazione al *summum imperium*, non rinviene la propria origine strumentale nella possibilità di godere dei vantaggi della pace o, al contrario, nella paura delle pene, ma nel consenso tramite la persuasione quale vettore di obbedienza⁷¹.

⁶⁹ T. Hobbes, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, cit., p. 149.

⁷⁰ F. Toto, *Vim suam in alium transferre naturali modo nemo potest. Potere e diritto, democrazia e anarchia nel De Cive di Hobbes*, in “Scienza&Politica”, 2019, 60, p. 169.

⁷¹ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 491 s. secondo cui la persuasione si oppone nettamente al comando e alla coercizione: «[...] la fede non ha affatto relazione o dipendenza con la costrizione o il comando, ma solo con la certezza o la probabilità degli argomenti tratti dalla ragione o da qualcosa in cui gli uomini già credono». E ancora: «[...] il credere e il non credere non seguono mai i comandi degli uomini. La fede è un dono di Dio che l'uomo non può dare né può togliere con la promessa di ricompense o con la minaccia di torture».

Di fronte al conflitto propriamente politico, Schmitt ritiene che «la neutralizzazione operata dallo Stato può essere efficace solo se l'autorità politica si configura come un'istanza capace di offrire risorse di senso collettivamente condivise dall'intero corpo politico. È questa l'idea che Schmitt ci trasmette nel momento in cui definisce lo Stato non sulla base del monopolio della coercizione legittima, bensì in relazione al monopolio della definizione dell'identità del corpo politico: in termini schmittiani, al monopolio della decisione sull'amico e sul nemico»⁷².

Lo Stato è in grado di imporre la pace solo nel contesto di una dinamica politica fondata sull'identità a partire da un'omogeneità di tipo pre-politico ed esistenziale⁷³ che si costituisce tramite l'eliminazione del diverso, condizione necessaria per istituire, mantenere e rafforzare rigorosi limiti nella comunità. In questa prospettiva «la forza politica di una democrazia si mostra nel fatto che essa sa eliminare o tenere lontano ciò che, in quanto estraneo o diseguale, minaccia l'omogeneità»⁷⁴.

L'omogeneità, quale presupposto di ogni forma politica, conduce a rigettare quelle tesi che vedono nello Stato il *Kompromißobjekt* di «gruppi di potere sociali ed economici, un agglomerato di fattori eterogenei, partiti, associazioni d'interesse, gruppi industriali, sindacati, chiese ecc.»⁷⁵. Questo pluralismo viene a negare l'unità sovrana dello Stato, riferendosi ad una pluralità di legami di fedeltà e di lealtà, che delineano una molteplicità di complessi di potere sociale stabilmente organizzati. Peraltro, ragionando trasversalmente, il pluralismo si è storicamente declinato in un conflitto propriamente politico tra verità antagoniste, capace di infiltrarsi in qualsiasi settore della vita umana, anche in quelli apparentemente "neutrali", nel senso di esistenzialmente non rilevanti, come l'economia e la tecnica. Al contempo solo soddisfacendo l'esigenza di omogeneità di tutto il popolo si darebbe luogo alla democrazia, alla pretesa che la minoranza si sottometta alle ragioni della maggioranza e infine alla creazione di un'etica statale che diventa etica costituzionale⁷⁶.

Solo diluendo il pluralismo della società e facendo dello Stato il soggetto in grado di esprimere una decisione fondamentale anche sulle questioni "non negoziabili" le differenze tra i gruppi all'interno della società vengono ad essere sublimati in un "noi" omogeneo. Processo che si perfeziona solo se lo Stato è in grado di offrire (oltre alla sicurezza garantita dal monopolio della coercizione) quelle risorse di senso che giustificano, agli occhi dei cittadini, la loro fedeltà all'autorità politica.

L'accezione identitaria trova dunque ancoraggio nella premessa ideologica data dalla negazione dell'esistenza di conflitti politico-sociali assorbiti entro la dimensione unificante ed omogenea della volontà del popolo reale, concezione che razionalizza un ordine artificiale della convivenza umana e offre risposte ad una richiesta di senso, oltre a delineare le

⁷² R. Badii, *Il rischio del politico. Opposizione e neutralizzazione in Carl Schmitt*, Alboversorio, Milano, 2009, p. 15.

⁷³ C. Schmitt, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 37.

⁷⁴ Ivi, p. 12.

⁷⁵ C. Schmitt, *Etica di Stato e Stato pluralistico*, in Id., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles, 1923-1939*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 221 s.

⁷⁶ C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 109 s.

condizioni per il contenimento della conflittualità radicale. Secondo Schmitt questa operazione di creazione di identità implica sempre l'istituzione di una differenza tra il "noi" e gli "altri"⁷⁷.

La neutralizzazione di matrice identitaria ingenera amicizia nel corpo politico in quanto va a definire l'*Existenzform* di un popolo, qualificandolo come gruppo essenzialmente politico a cui corrisponde, per contrasto, il processo di identificazione del nemico: in questi termini il popolo è pienamente legittimato a delimitare il proprio spazio identitario, ovvero quello al cui *limes* si trova «l'altro, lo straniero», e se quest'ultimo può essere definito come nemico.

Lo sforzo di neutralizzazione dell'ostilità non si traduce in una completa eliminazione del politico, nella misura in cui il conflitto radicale che vi è sotteso viene descritto da Schmitt come un «destino», limitabile ma non eliminabile, una condizione immutabile. «Il diritto ordina il caos e limita la violenza, se riesce a commisurarsi a questa, assumendone all'interno del proprio dispositivo la sfida. L'ostilità è, da un lato, l'altro del diritto in quanto 'ordinamento della sopravvivenza', situazione normale. Ma, dall'altro, è anche la sua matrice generativa, il suo 'problema', non trattabile attraverso astrazioni o procedure che già presuppongono la soluzione, ovvero una pacificazione condotta con successo e di misura adeguata. L'ostilità spiega per tanti aspetti la funzione del diritto»⁷⁸.

Nella contrapposizione amico/nemico si esprimono le categorie fondamentali del politico che sussistono «in termini teorici e pratici senza che nel contempo debbano essere prese in considerazione distinzioni morali, estetiche, economiche o di altro genere. [...] Il nemico politico è, per l'appunto, l'altro, lo straniero, e riguardo alla sua essenza è sufficiente che esistenzialmente, in senso particolarmente forte, sia qualcosa d'altro e di estraneo, sicché in caso di conflitto rappresenta la negazione della nostra modalità di esistenza e viene perciò respinto o combattuto al fine di preservare il nostro peculiare modo di vita»⁷⁹.

Tali categorie rappresentano un vettore concettuale, non una qualificazione contenutistica, in quanto il loro senso deriva dalla capacità di indicare l'estremo grado di intensità di peculiari forme di unione o di separazione e il nesso strutturale tra questi due movimenti consistente, in ultima istanza, nella possibilità dell'ostilità di essere un criterio di identificazione collettiva trascendente tutti gli altri.

Se la contrapposizione amico/nemico funge quale distinzione peculiare del politico, e in particolare il nemico integra la condizione esistenziale, concreta, dell'*altro*⁸⁰, per cui non

⁷⁷ La «neutralità della decisione statale» viene appunto definita come una relativizzazione delle opposizioni, potenzialmente polemogene, interne al corpo politico: «Neutralità come espressione di un'unità e totalità comprendente gli opposti raggruppamenti e che perciò relativizza tutte le contrapposizioni (*Gegensatzlichkeiten*)». C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, cit., p. 191.

⁷⁸ G. Preterossi, *L'ovvia verità del 'politico'. Diritto e ostilità in Carl Schmitt*, cit., p. 44.

⁷⁹ C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, cit., p. 109.

⁸⁰ C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, Adelphi, Milano, 1987, p. 91 secondo cui il nemico è funzionale al percorso di auto-svelamento di ciò che si è. «Chi può essere, in generale, il mio nemico? E in guisa tale che io lo riconosca come nemico, e che persino debba riconoscere ch'egli mi riconosce come nemico. In questo reciproco riconoscimento del riconoscimento sta la grandezza del concetto. [...] Riconoscendolo come nemico, riconosco ch'egli mi può mettere in questione. E chi può mettermi realmente in questione? Solo io stesso. O mio fratello. Ecco. L'Altro è mio fratello. L'Altro si rivela fratello mio, e il fratello mio nemico. [...] Ci si classifica attraverso il proprio nemico. Ci si inquadra grazie a ciò che si riconosce come nemico. [...] Ricordati delle grandi proposizioni del filosofo: il rapporto con se stessi nell'Altro, questo è il vero infinito. La negazione della negazione, dice il filosofo, non è una neutralizzazione; al contrario, il vero infinito ne dipende. Ma il vero infinito è il concetto fondamentale della sua filosofia. [...] *Der Feind ist unsre eigne Frage als Gestalt*».

vanno intesi «come metafore o simboli; essi non devono essere mescolati e affievoliti da concezioni economiche, morali o di altro tipo, e meno che mai vanno intesi in senso individualistico-privato, come espressione psicologica di sentimenti e tendenze private»⁸¹.

Proprio perché non è pensato in riferimento a norme morali o giuridiche, il concetto di nemico implica la reale possibilità di una lotta che conduca ad esiti mortali, cosicché «la guerra consegue all'ostilità poiché quest'ultima consiste nella peculiare negazione di un altro essere. La guerra è solo la realizzazione estrema dell'ostilità. Non occorre che sia alcunché di quotidiano o di normale, né va percepita come qualcosa di ideale, e tuttavia deve esistere come possibilità concreta, fintantoché il concetto di nemico conserva un senso»⁸². Al contempo Schmitt ne arricchisce l'immagine riferendosi a colui che si isola dal contesto sociale, che rivendica l'indipendenza e l'autonomia della sua sfera privata, anche se quest'ultima lede l'interesse collettivo.

Il nemico schmittiano non è dunque il semplice “avversario” (*adversarius*), né il “rivale” (*rivalis*) o il “nemico personale” (*inimicus*), bensì il “nemico pubblico” o “politico” (*hostis*), *assoluta* in quanto in grado di minacciare lo Stato e le sue strutture ordinamentali⁸³.

Si deve rammentare che «la costruzione di un concetto giuridico procede sempre, per necessità dialettica, dalla sua negazione. Nella pratica come nella teoria giuridica, il riferimento alla negazione è tutt'altra cosa che affermare il “primato” di ciò che viene negato»⁸⁴. Tuttavia questa negazione strutturale istruisce e costruisce il discorso *politico* e il discorso *sul politico*: in particolare «si tratta di un'estensione, e intensificazione, del negativo, che finisce per intrecciarlo indissolubilmente al destino del politico. Si è visto il ruolo che la negazione gioca nella definizione di questo. Il politico non è rappresentabile che a partire dall'antitesi tra amico e nemico o, meglio, tra nemico e amico, vista la priorità logica del primo termine sul secondo»⁸⁵.

Entro questa antitesi, il politico si rappresenta come lo strumento attraverso cui è possibile confinare l'ostilità, impedendole di degenerare nella guerra di tutti contro tutti, sia essa guerra interstatale o guerra civile. Nonostante il conflitto civile venga rinnegato, esso inevitabilmente rinasce e si afferma nella dinamica e nel lessico della politica, rivelando trama e ordito del suo tessuto profondo. Funzionale a disvelare l'essenza della politica, la negazione si insinua al suo interno facendo scattare dispositivi di esclusione. Così «lo Stato, in quanto unità politica, determina da sé, finché esiste, anche il “nemico interno”»⁸⁶, imponendo forme di proscrizione e bando nei confronti di fazioni della popolazione, il che è «segno, a seconda del comportamento di colui che è stato dichiarato nemico dello Stato, della guerra civile, cioè del superamento dello Stato come unità politica organizzata, pacificata al suo interno, chiusa territorialmente e impenetrabile ai nemici»⁸⁷.

In questo contesto l'alterità del nemico viene sancita in una prospettiva polemica che si sviluppa dinamicamente tra coloro che sono parte in causa sul terreno concreto del conflitto

⁸¹ C. Schmitt, *Le categorie del “politico”, cit.*, p. 110.

⁸² Ivi, p. 116.

⁸³ Ivi, p. 111.

⁸⁴ Ivi, p. 95 s.

⁸⁵ R. Esposito, *Politica e negazione. Per una filosofia affermativa*, Einaudi, Torino, 2018, p. 11.

⁸⁶ C. Schmitt, *Le categorie del “politico”, cit.*, p. 130.

⁸⁷ Ivi, pp. 130-131.

e che quindi sono legittimati a “nominare” il nemico, quale esito di una decisione che non può che essere esistenziale.

La coppia amico-nemico costituisce in ultima istanza l'unico possibile contenuto certo della comunità atto a delimitarne i confini, il che ne elide la funzione di vettore di integrazione etico-sociale, per esaltarne quello di natura identitaria volto ad affermare la tendenza primaria della natura umana a formare gruppi esclusivi.

«L'identificazione del 'nemico interno' è funzionale, in situazioni critiche, al bisogno di pacificazione. La decisione sovrana e/o costituente, punto cieco e fondativo dell'ordinamento, si nutre dell'ostilità (interna) e la trasforma, neutralizzandola, nella principale risorsa di legittimazione. Ogni ordine, anche costituzionale, nasce contrapponendosi a un 'nemico', portatore di un modello d'ordine fallito, sconfitto, superato. Il nuovo ordine è la negazione di esso»⁸⁸.

Il punto estremo di questa riflessione sulla negazione è raggiunto nella *Teoria del partigiano*⁸⁹, riflessione nel contesto della quale si cercano di individuare e determinare i caratteri concettuali di questa particolare figura di soldato politico, che Schmitt inserisce in un determinato quadro storico ben determinato, che va dalla questione della guerra di Spagna sotto Napoleone – ove per la prima volta fa apparizione questa specie di combattente – fino alla sconfitta di Salan in Algeria, per farne il paradigma di una forma rinnovata del politico.

La figura del partigiano scaturisce dalla crisi dello *ius publicum europeum* e degli equilibri internazionali fondati sul principio della limitazione delle guerre e su una pace di compromesso. In questo scenario non è più possibile una distinzione netta tra guerra e pace, si confondono il civile con il militare, il combattente e il non belligerante, emergendo una figura di combattente irregolare e al contempo 'tellurica'⁹⁰, stante il legame profondo del partigiano con la sua terra).

Così, all'epoca dell'occupazione della Spagna da parte dell'esercito napoleonico, la lotta partigiana si manifestò nella resistenza della popolazione contro l'invasore francese assumendo le forme della guerriglia. Non si trattava più di combattere una guerra simmetrica e in campo aperto, ma di affrontare un nemico mimetico, operante in modo clandestino, che colpiva mediante imboscate, depistaggi, saccheggi. Già allora il partigiano si situava al di fuori dell'inimicizia convenzionale della guerra, per trascendere, attraverso l'uso del terrore, in obiettivi di reciproco annientamento che prescindono dal diritto o dalla pietà⁹¹.

Ponendosi al di fuori dello schema classico di combattimento tra Stati, il partigiano diventa così «un'immagine speculare della lotta partigiana stessa, e riconferma ogni volta la giustizia di quella antica sentenza che di solito viene attribuita a Napoleone, il quale avrebbe ordinato al generale Lefèvre, il 12 settembre 1813: “*Il faut opérer en partisan partout où il y a des partisans*”»⁹².

⁸⁸ G. Preterossi, *L'ovvia verità del 'politico'. Diritto e ostilità in Carl Schmitt, cit.*, p. 62.

⁸⁹ C. Schmitt, *Teoria del Partigiano. Integrazione al concetto del Politico*, Adelphi, Milano, 2005.

⁹⁰ Caratterizzare la figura del partigiano è il radicamento tellurico, definito come «un ulteriore, quarto carattere distintivo dell'autentico partigiano: quello che Joaver Zamora ha chiamato il carattere tellurico. Tale proprietà è importante per definire, a prescindere da ogni mobilità tattica, la posizione fondamentalmente difensiva del partigiano, il quale si snatura quando si identifica con l'aggressività assoluta di un'ideologia tecnicizzata o di una rivoluzione mondiale». Cfr. C. Schmitt, *Teoria del Partigiano. Integrazione al concetto del Politico, cit.*, p. 32.

⁹¹ Ivi, p. 20 s.

⁹² Ivi, p. 24.

La *constituency* e la condotta del partigiano ne fanno un soggetto anomico che si situa in una zona franca «tra stato di guerra e stato di pace, fra combattenti e non combattenti, fra nemico e criminale comune»⁹³. Si tratta di una condizione che, nel Novecento, con la mobilitazione bellica delle masse popolari, l'*escalation* nell'utilizzo di mezzi di sterminio, l'affermarsi di ideologie totalizzanti, trasforma il paradigma della guerra nell'ambito della quale, a partire dalla rivoluzione russa, la lotta partigiana diventa esplicitamente la guerra rivoluzionaria e internazionale di un partito.

In questi termini, per primo Lenin aveva teorizzato il ricorso alla violenza come passaggio obbligato verso una società comunista, scorgendo nei metodi della lotta partigiana un aspetto tattico assolutamente imprescindibile all'interno del processo rivoluzionario. Scrive infatti Schmitt che «Lenin fu il primo a vedere nel partigiano una figura decisiva della guerra civile nazionale e internazionale, e che cercò di trasformarlo in efficace strumento agli ordini della direzione centrale del Partito comunista. [...] Lo scopo è la rivoluzione comunista in tutti i paesi del mondo. Qualsiasi azione serva a questo fine è giusta e corretta. Anche il problema del partigiano è perciò di facile soluzione: i partigiani guidati dalla centrale comunista sono combattenti per la pace ed eroi gloriosi; quelli che si sottraggono alle sue direttive sono canaglie anarchiche e nemici dell'umanità»⁹⁴.

Secondo l'argomentazione di Schmitt, la seconda metà del XX° secolo è stata connotata da un fenomeno di criminalizzazione del nemico inteso nella sua totalità, sia quando la guerra diventa una guerra civile sia quando la lotta è tra nemici di classe. Da questo punto di vista, il partigiano rivoluzionario cessa di essere una figura marginale incapace di modificare il quadro strutturale dei conflitti bellici e diventa il grande protagonista della guerra. Nonostante i tentativi di sviluppare un diritto umanitario incisivo, incarnato dalla Convenzione di Ginevra, Schmitt ritiene che le distinzioni su cui si basa siano entrate in una fase di forte crisi. La delimitazione della guerra sostenuta dai trattati - basata sulla belligeranza dello Stato e sulle distinzioni guerra-pace, nemico-criminale, militare-civile - «non sono altro che un fragile ponte sull'abisso del cambiamento epocale dei concetti di guerra, nemico e partigiano»⁹⁵.

La guerra partigiana si connota quindi come estremizzazione del politico, rendendo fragili i confini tra amico/nemico e, al contempo, acuendone i connotati 'tragici' di lotta per l'annientamento, che, in mancanza di un ordinamento politico e spaziale definito, avrebbero portato i fenomeni bellici verso forme di guerra terroristica su scala mondiale. Per quanto il partigiano sia «al di fuori di ogni diritto, legalità o onore»⁹⁶, nonostante la natura eversiva dei suoi obiettivi ed il carattere estremo degli strumenti di lotta adoperati, questi adotta comunque una precisa sintassi politica, le sue azioni rispondono a criteri di razionalità coerenti con la sua funzione di soldato politico. Se dunque la discriminazione tra *Freund* e *Feind* è il fondamentale criterio di riconoscimento e di definizione del 'politico', il partigiano non sfugge a questa

⁹³ Ivi, p. 19.

⁹⁴ Ivi, p. 71 s.

⁹⁵ Ivi, p. 48.

⁹⁶ Ivi, p. 47.

polarità, anzi «sfocia nel concetto di Politico, nella domanda su chi sia il vero nemico e in un nuovo *nomos* della terra»⁹⁷.

Si sgretola così l'idea di un "nemico giusto" che dava un senso alla guerra, "umanizzandola" nel senso di renderla conforme al diritto e ad essa si sostituisce la figura del "nemico ingiusto" che porta ad abolire il concetto di guerra "limitata", criminalizzandola in senso morale e rendendo conseguentemente il nemico non più un avversario da combattere ma un criminale da eliminare fisicamente⁹⁸.

Nel contesto di una guerra di questo tipo, è ridicolo continuare a pensare che il soldato svolgerà lo stesso ruolo che gli è stato storicamente assegnato. Centrale nella concezione di Schmitt sull'esistenza di un nemico totale è che «se la mobilitazione totale annulla la differenza tra il soldato e il civile, allora il soldato può diventare un civile, il civile un soldato, o entrambi un nuovo terzo tipo. In realtà tutto dipende dal carattere generale della guerra»⁹⁹. Emerge così il concetto di nemico totale, come colui che partecipa a una guerra senza il suo consenso e senza essere nemmeno un soldato, poiché è immerso in una guerra totale che non riconosce limiti di sorta. In questa prospettiva, più che indicare precisamente quale dovrebbe essere il nuovo vettore di ordine, Schmitt individua i fattori che hanno determinato il declino dell'ordine precedente, e fornisce una prospettiva volta a problematizzare e decostruire concezioni e certezze tipiche del diritto e del pensiero politico moderno, descrivendo gli elementi di decomposizione di un'epoca e il fiorire di un momento di transizione, forse ancora attuale.

Anche se il pensiero di Schmitt è fortemente situato, figlio del suo tempo, la sua riflessione attenta alla concretezza, la capacità di tendere i concetti fino al caso-limite, mostrando quanto l'eccezione sia essenziale alla comprensione della norma nel suo rapporto con la realtà, ne fa l'espressione di una semantica influente che il tempo ha sedimentato e trasformato in risorsa di senso con la quale leggere i passaggi della storia. Come infatti scrive Jorge Luis Borges, al termine del *Deutsches Requiem*, l'intera storia del pensiero vive di una continuità segreta a partire dalla polemica fra Platone e Aristotele «attraverso i secoli e le latitudini, cambiano i nomi, le lingue, i volti, ma non gli eterni antagonisti»¹⁰⁰.

4. Il soggetto di diritto e il nemico: struttura (e limiti) del diritto penale del nemico

L'esigenza di sicurezza trova una sua peculiare manifestazione nelle situazioni di emergenza, nei periodi di crisi, in particolare di guerra e di terrorismo. La condizione di rischio

⁹⁷ Ivi, p. 132.

⁹⁸ «In un mondo nel quale i suoi componenti si ricaccino vicendevolmente [...] nel baratro della totale privazione di ogni valore, premessa per annientarsi fisicamente, devono nascere nuovi tipi di inimicizia assoluta. L'inimicizia diviene così terribile che forse non sarà più lecito parlare di nemico e inimicizia; tutti e due questi concetti saranno banditi formalmente già prima di cominciare l'opera di annientamento [...] Non si rivolge più contro un nemico ma serve ormai solo una presunta imposizione oggettiva dei valori più alti per i quali, notoriamente, nessun prezzo è troppo alto. Il disconoscimento della inimicizia reale apre la strada all'opera di annientamento di quella assoluta». Ivi, p. 75.

⁹⁹ C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, cit., p. 392.

¹⁰⁰ J.L. Borges, *L'Aleph*, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 87.

permanente ormai da tempo costituisce il banco di prova più severo per la tenuta dello Stato costituzionale di diritto, le cui istituzioni hanno legittimato il ricorso a strategie di prevenzione che presentano costi altissimi in termini di garanzia dell'effettività dei diritti fondamentali. Tornano al centro della scena i soggetti pericolosi e appare pressante l'esigenza di neutralizzarli. Cambia la topografia dei soggetti e la rappresentazione della pericolosità e cambiano le tecniche raccomandate per rispondere alla sfida della sicurezza.

Così, la ricerca di punti di equilibrio nella tensione tra Stato di diritto e Stato di prevenzione¹⁰¹ si riverbera nel rapporto tra sicurezza e libertà come istanze in potenziale antinomia la cui legittima integrazione, dal punto di vista costituzionale, deve essere fissata alla luce del contesto complessivo di interessi e valori che ispirano gli ordinamenti democratici.

Spesso questa esigenza di bilanciamento rimane insoddisfatta e gli ordinamenti si misurano con legislazioni di emergenza che esasperano le sanzioni, enfatizzano i meri atti preparatori, fanno leva su formulazioni normative largamente indeterminate, riducendo conseguentemente le garanzie in nome dell'obbiettivo prioritario della sicurezza. In nome della sicurezza si edificano argini ed innalzano steccati, creando discriminazioni che irrigidiscono la distinzione tra il 'dentro' e il 'fuori', fra i cittadini e i soggetti pericolosi anche attraverso una dilatazione del ricorso alla sanzione penale che non soltanto incide sulla dialettica fra norma ed eccezione, ma accentua la valenza simbolica della pena, valorizzandola come strumento di rafforzamento della coesione sociale.

È in questo orizzonte che conviene collocare la riflessione di Günther Jakobs sul diritto penale del nemico¹⁰² (*Feindstrafrecht*), costruzione che istituisce un dualismo rispetto al *Bürgerstrafrecht*, ovvero al tradizionale diritto penale del cittadino, trasferendo in ambito penalistico il codice politico "amico/nemico", attraverso la rielaborazione di intuizioni proprie del funzionalismo sistemico luhmanniano e di quelle tratte dal dibattito sulla legittimazione della pena nello Stato di diritto.

Riprendendo Luhmann, il diritto si rappresenta come il sistema immunitario della società, orientato a garantire l'identità normativa e la costituzione strutturale della società. Nella teoria funzionale dei sistemi sociali, in particolare, il diritto risponde all'esigenza di riduzione della complessità del mondo, il che richiede la costruzione all'interno del sistema sociale di un sistema parziale la cui struttura sia diretta alla generalizzazione delle aspettative normative, affinché i comportamenti sociali diventino prevedibili, riducendo le alternative di scelta su azioni e comportamenti.

«La normazione, quindi, è un fabbisogno sociale, sostenuto dal fatto che in ogni sistema sociale operano strutture, media e codici che scelgono cosa è possibile scegliere, che

¹⁰¹ E. Denninger, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 38

¹⁰² G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs, M. Cancio Melià, *Derecho penal del enemigo*, Thomson, Madrid, 2006, p. 21 ss. Sul tema nella letteratura italiana, M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Monduzzi, Bologna, 2007; F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in "Rivista italiana diritto e procedura penale", 2007, p. 47 ss.; A. Pagliaro, "Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa, in "Cassazione penale", 2010, p. 246 ss.; F. Resta, *Lessico e codici del "diritto penale del nemico"*, in "Giurisprudenza di merito", 2006, p. 2785 ss.; D. Valitutti, *Normativismo e funzionalismo penale. Saggio sulla teoria giuridica di Günther Jakobs*, Giappichelli, Torino, 2020.

riducono la complessità del mondo rendendo possibile orientarsi, semplificando l'agire, fornendo delle strutture per praticare l'amore, per conoscere e dire la verità, per essere nel diritto. Ogni tentativo di fuga da una qualsiasi di queste strutture, ogni tentativo di rifiutare l'identità - cioè l'identificazione (per differenza) con il valore positivo del codice (verità, diritto, potere, amore) -, farebbe ricadere il fuggiasco nell'altra parte del codice e sarebbe immediatamente tematizzato come deviante e sottoposto a sanzione»¹⁰³.

Si realizza così una selezione delle alternative comportamentali, generando aspettative attraverso un meccanismo di generalizzazione, che fa leva sul codice binario di inclusione ed esclusione¹⁰⁴.

Proprio dinanzi alla problematicità di un sistema sociale soggetto alle evoluzioni del contesto comunicativo in cui si svolge ed è altresì connotato dalla contestuale presenza di configurazioni divergenti, emerge la necessità di uno strumento per la riaffermazione dell'identità normativa in modo che tra le divergenti costruzioni comunicative possa affermarsene una tale da permettere lo svolgimento pacifico e coordinato delle interazioni sociali. Identità – è bene chiarirlo – che non è un dato della realtà, bensì il frutto di un processo comunicativo che, attraverso l'istituzionalizzazione di un insieme di aspettative, diventa la base di interazione sociale. La comunicazione è il medium attraverso il quale si esprime la soggettività giuridica dell'essere umano e si definisce il suo ruolo sociale e la correlata sfera di competenza, fungendo da collante dello spazio giuridico¹⁰⁵.

In questo senso il diritto penale non reagisce dinanzi ad un fatto, naturalisticamente inteso, costituito dalla lesione di un bene giuridico, bensì solo dinanzi ad un atto comunicativo di violazione di una norma. In questo modo si stabilizzano le norme fondamentali, negando la possibilità della società di rappresentarsi diversamente, ossia secondo la concezione comunicativa espressa nel fatto di reato.

In termini speculari, la pena non è solamente un mezzo per consolidare l'identità sociale, ma ne costituisce già l'affermazione: dunque, «se una norma è tutelabile (e tutelata) in virtù, semplicemente, del suo essere una *struttura sociale istituzionalizzata*, ovvero, garantita da regimi di aspettative giuridiche che, pur disattese, reagiscono con l'assorbimento della delusione provocata dalla lesione dell'aspettativa, dato tale presupposto, lo strumento penalistico sarà qualificato, *nella sua essenza costitutiva*, come una mera tecnica di reazione contro qualsiasi tentativo di perturbazione sociale»¹⁰⁶. È nella stabilizzazione dell'identità sociale che quindi la pena trova il suo senso intrinseco, non svolgendo altre funzioni socialmente rilevanti¹⁰⁷.

¹⁰³ C. Punzi, *La ribellione come atto creativo. Il potere del diritto e delle strutture nella teoria dei sistemi di Niklas Luhmann*, in "Nòmadias. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas", 2011, 32, p. 19.

¹⁰⁴ N. Luhmann, *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977, p. 50.

¹⁰⁵ G. Jakobs, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Schönningh, Paderborn, 1996, p. 22 ss.

¹⁰⁶ D. Valitutti, *Normativismo e funzionalismo penale. Saggio sulla teoria giuridica di Günther Jakobs*, cit., p. 26.

¹⁰⁷ La stabilizzazione delle norme diventa l'esclusivo obiettivo verso cui la leva sanzionatoria si aziona. Cfr. di nuovo A. Baratta, *La teoria della prevenzione-integrazione. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in "Dei delitti e delle pene", 2, 1984, p. 18: «Secondo Jakobs, [...] la dogmatica giuridica

Entro queste coordinate si muove la dottrina del diritto penale del nemico che viene a dare forma e contenuto a strutture proprie di un sistema penale alternativo a quello fondato sul garantismo di matrice liberale. Il nucleo di tale proposta di politica criminale risiede nella centralità attribuita alla pericolosità sociale dell'autore, il che sposta la direzione del processo di criminalizzazione dalla tutela di determinati beni giuridici lesi da una condotta tipicamente descritta, all'individuazione ed eliminazione di specifici soggetti, ritenuti in quanto tali, ovvero a prescindere dalla concreta commissione di un fatto lesivo, come pericolosi per le loro condotte di vita o tendenze personali.

Jakobs sviluppa il suo ragionamento dalla considerazione secondo cui la personalità giuridica è il risultato dell'inclusione del soggetto in un ordinamento giuridico positivo, che garantisce la propria stabilità nella rispondenza di ciascuno dei partecipanti alla comunicazione ad un ruolo sociale, quale mero insieme funzionale preselezionato dalla struttura che offre una maschera alla soggettività del singolo.

Quando il comportamento del soggetto diventa incomprensibile rispetto ai ruoli sociali¹⁰⁸ – anche quelli ricollegabili, in base a parametri di normalità sociale, ad un soggetto disfunzionale quale il delinquente – allora la persona si pone fuori dal contesto comunicativo, rendendosi estranea alla comunità nella quale non trova collocazione¹⁰⁹.

A fronte di una tendenza deviante «lo Stato può procedere secondo due diverse modalità contro i delinquenti: può configurarli alla stregua di persone che delinquono, che come tali hanno commesso un errore; ovvero come individui ai quali si deve impedire, mediante il ricorso alla coazione, di distruggere l'ordinamento giuridico»¹¹⁰.

Tale opzione interpretativa presuppone un differente processo di qualificazione giuridica degli autori del reato, il quale delinea per questi ultimi un duplice *status*, di stampo oppositivo: da una parte viene collocato il cittadino, che è persona in diritto, dall'altra, il nemico, privo di tale qualificazione. Il che si traduce in «*un aut-aut* tragico, che alla ingovernabilità della complessità sociale oppone un codice rigidamente binario: la neutralizzazione del criminale/nemico in nome della tutela della società, rappresentata quale vittima (collettiva) del reato»¹¹¹.

La necessità di prestare fedeltà all'ordinamento, o meglio di soddisfare aspettative di comportamento, attualizzate nel contesto di un ruolo sociale e che contano sul consenso sociale, distingue colui che ha diritto di essere trattato come persona e «chi non dà questa

segue la regolamentazione data dal sistema giuridico positivo. Così come questa regolamentazione, essa è dunque funzionale alla riproduzione e alla conservazione della realtà sociale».

¹⁰⁸ Il concetto di ruolo «è invalso nelle scienze sociali come contrassegno di strutture sociali di azione o posizioni che stanno alla base del sistema (e quindi dell'ordinamento che lo formalizza) che involgono determinati diritti e obblighi, e orientano le aspettative di comportamento dei consociati: *status* o ruoli sono dunque concetti di relazione, che connettono le aspettative culturali con le condotte ad esse relative». L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 350.

¹⁰⁹ Secondo G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., p. 38 in questo caso l'ordinamento non riesce ad instaurare alcun tipo di dialogo su di un piano simbolico di significatività normativa.

¹¹⁰ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 21 s.

¹¹¹ F. Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, cit., p. 186.

garanzia è destinato a essere eterodiretto, il che vuol dire che non viene trattato come persona»¹¹².

Naturalmente, in termini funzionalisti, un ordinamento non può reggere sulla pura aspettativa normativa all'osservanza delle norme: esso presuppone una fondazione cognitiva delle norme, ovvero un orientamento realmente fruibile il che comporta, in caso di violazione della norma, che essa venga riaffermata controfattualmente mediante la sanzione. Si realizza in tal modo il "consolidamento cognitivo" della norma giuridica effettivamente vigente, fondamentale per orientare realmente le scelte della persona¹¹³.

A seguito della dissoluzione dell'aspettativa normativa al rispetto di una condotta *secundum legem* «subentra un orientamento cognitivo (anziché normativo) sicché la persona – destinataria di aspettative normative – diventa una fonte di pericolo, un problema di sicurezza da affrontare sul piano dei fatti»¹¹⁴.

Se ne desume che la commissione del reato mette in dubbio non la vigenza generale della norma, la quale si riafferma intrinsecamente attraverso la pena, ma lo statuto del condannato quale persona. Assicurato il piano normativo, è su quello cognitivo che si giustifica la necessità di neutralizzazione di un soggetto che non dimostri un reale legame di fedeltà ai ruoli che definiscono l'identità sociale¹¹⁵.

Ed è per questo che «se il reato è la ribellione contro la norma, la pena rappresenta il corrispondente di tale ribellione: questa, mediante il dolore che infligge, elimina una erosione generale della vigenza delle norme, apparendo decisivo dunque l'aspetto della protezione della vigenza della norma e non di beni giuridici, dal momento che il diritto rappresenta una relazione tra persone, attraverso la quale soltanto viene coinvolto il profilo relativo ai beni»¹¹⁶. Così la dinamica dell'esclusione del nemico abbandona ogni finalismo rieducativo, essendo diretta a precludere radicalmente anche la sola possibilità di azioni devianti e di scelte anormali, mediante istituti (il carcere di massima sicurezza, l'espulsione, la castrazione chimica per i *violent sexual offenders*) improntati alla logica dell'incapacitazione e della segregazione.

Semplificando il discorso, si può asserire che se chi ha commesso il reato è un "integrato" ed esprime in maniera normotipica il ruolo che gli è socialmente assegnato, ad esso

¹¹² G. Jakobs, *I terroristi non hanno diritti*, in R.E. Kistoris, R. Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 8. Anche A. Amendola, *Persona e soggetto giuridico nello Stato di prevenzione*, in "Filosofia politica", 2007, 3, p. 411 ss.

¹¹³ P. Brunetti, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in "Penale. Diritto e procedura", 2020, 2, p. 319.

¹¹⁴ G. Jakobs, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 7. La pena avrebbe dunque funzioni preventive di tutela delle interazioni sociali e dell'istituzionalizzazione delle aspettative, risultando invece residuali le finalità intimidative di potenziali delinquenti. La pena si applica dunque come esercizio

di riconoscimento della norma che comprende prestazioni di fedeltà al diritto.

¹¹⁵ Si ricorda la riflessione critica di Kelsen secondo cui «La fedeltà viene di solito citata come uno dei doveri specifici dei cittadini. Quando viene concessa la cittadinanza ad una persona, questa deve talvolta giurare fedeltà al suo nuovo Stato. Essa viene definita come "il dovere che il suddito ha nei confronti del sovrano, correlativo alla protezione ricevuta". Questo concetto non ha un significato giuridico preciso, ma è piuttosto di natura morale e politica. Non esiste uno speciale obbligo giuridico che porti il nome di fedeltà. Giuridicamente la fedeltà non significa altro che l'obbligo generale di obbedire all'ordinamento giuridico; obbligo che hanno anche gli stranieri e che non è creato dal giuramento di fedeltà» (cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano 1966, p. 240).

¹¹⁶ G. Jakobs, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 56 ss., citato da F. Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, cit., p. 190, nt. 24.

andrà applicato il diritto penale del cittadino e le connesse garanzie; se l'individuo è un "apocalittico" che conduce la propria vita ai margini della società, risultando disfunzionale rispetto agli schemi sociali, allora troverà applicazione il diritto penale del nemico, volto a neutralizzare il pericolo incarnato dal soggetto deviante.

Questa ricostruzione, nel descrivere i rapporti di forza esistenti e i connessi meccanismi di esclusione, li legittima¹¹⁷ dando luogo all'espulsione dal giardino dei diritti dei non meritevoli, dei marginali, dei migranti (i nuovi barbari da cui la società contemporanea deve difendersi con ogni mezzo) e la sua espressione politica è il governo esclusivo della società (e, quindi, della penalità) della parte soddisfatta del mondo.

L'essere alieno «lo rende una fonte di pericolo, poichè il comportamento di un soggetto che non si determina in base a ruoli sociali, seppur momentaneamente violati, non è prevedibile e dunque è causa di instabilità del sistema sociale. Proprio per questa sua imprevedibilità, che contrasta con il fine primario della struttura sociale giuridica che è la stabilizzazione e il mantenimento del sistema, egli non è considerato un cittadino, bensì un nemico. [Così] dinanzi alla paura dell'ignoto, dell'imprevedibile, del diverso rispetto agli schemi di identificazione sociale, la società produce una risposta discriminatoria volta all'eliminazione di un oggetto pericoloso. Questo oggetto è il nemico, non persona perchè la sua soggettività è incomunicabile, bensì irritazione del sistema, che lo elimina o tenta di eliminarlo. Proprio la maschera offerta dalla personalità eterodefinita da ruoli sociali, al cittadino permette di mantenere una soggettività individuale, uno spazio di inviolabilità rispetto all'intervento dello Stato. L'assenza di questa maschera rende invece il nemico completamente visibile nella sua eccentricità, per cui non vi è limite o barriera dietro la quale potersi riparare dalla reazione sociale»¹¹⁸.

Precisa ancora Jakobs che «il fondamento (presupposto) della presunzione di esercitare futuro comportamento legale è un elementare debito *portable* di tutti i cittadini: poiché solo laddove sia fondata e costante questa presunzione, e la fondazione della stessa possono prestarla solamente gli stessi cittadini, è possibile reciprocamente un rapporto basato tanto sulla libertà quanto sull'assenza di paura. Una personalità effettiva, che presieda all'orientamento, non può proprio essere conseguita attraverso astratti postulati; piuttosto, è necessario che chi deve essere persona "collabori", e cioè, è necessario che egli offra la sua parte di prestazione, ossia che garantisca sufficiente fedeltà al diritto. [...] Chiunque sia in grado di promettere almeno in qualche misura fedeltà all'ordinamento, è titolare di una legittima pretesa a essere trattato come persona in diritto. Chi non offre simile garanzia in modo credibile, tendenzialmente viene trattato da non cittadino»¹¹⁹.

La personalità giuridica è una attribuzione che viene quindi riconosciuta o disconosciuta in ragione del grado di adesione al ruolo sociale assegnato, così «nemico è colui che viola sistematicamente e con continuità le norme penali e che pertanto mette in discussione il

¹¹⁷ M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in "Studi e materiali di diritto penale", numero monografico, 3, 2013, p. 139.

¹¹⁸ A. Macillo, *La repressione all'epoca delle passioni tristi. Uno studio sulle moderne forme di soggettivismo punitivo*, Tesi di dottorato in Studi giuridici comparati ed europei, Università di Trento, aa. 2015-2016, p. 200.

¹¹⁹ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, cit., p. 118; Id., G. Jakobs, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 8.

presupposto meramente formale (la norma) di reciprocità che fonda una società. Detto diversamente, per Jakobs il nemico altro non è che chi assume il delinquere come *modus vivendi*, ponendosi così fuori dalla società»¹²⁰.

L'individuazione dei nemici rispetto ai cittadini viene dunque integralmente rimessa alla valutazione di opportunità politica da parte dello Stato, che si trasforma in arbitrio essendo rimessa al potere o ai gruppi dominanti la delimitazione e definizione dei devianti. Così «i gruppi sociali creano la devianza istituendo una norma la cui infrazione costituisce la devianza stessa, applicando quelle norme a determinate persone e attribuendo loro l'etichetta di *outsiders*», e in questo modo implicitamente si delineano dei conflitti di valore che si basano sul possesso e l'espletamento proprio del «potere di definizione»¹²¹. La devianza può dunque essere interpretata come «l'espressione dell'opposizione formale tra la presunta integrazione della società e la presunta differenziazione»¹²², pur considerando il fatto che i confini tra le due aree non sono mai stabiliti in maniera chiara e certa.

Tutto ciò è il frutto della stessa frantumazione delle appartenenze che, congiunta allo sviluppo del processo di individualizzazione, tende a materializzare quella «società degli individui»¹²³ in cui le relazioni sociali si plasmano sull'indifferenza, rendendo sempre più sfumato il confine tra *in-group* e *out-group*. Si tratta di un processo che assume connotati carsici, laddove in presenza di un aumento della velocità del mutamento sociale, dell'esplosione del disagio connesso alla crisi economica con il loro corredo di incremento di incertezza di *status* e di frustrazione sociale, l'immagine dei devianti (stranieri, zingari, omosessuali e neri) torna a costituire un soggetto sociale perturbante i valori e le norme sociali, in grado di erodere le residue certezze sopravvissute all'atomizzazione della società.

Nella ricerca di identità e legami sociali basati sulle fragili fondamenta di comunità immaginarie, si struttura una seppur precaria forma di appartenenza che tenta «di recidere le connessioni e di dare luogo a forme che illusoriamente si sottraggono al flusso»¹²⁴. Questa ossessione identitaria individua nell'Altro l'emblema di quella antropologia negativa volta a negare la vita perché si esercita sulla vita impedendone l'espressione¹²⁵. In questa prospettiva la paura dell'Altro (dell'alterità in quanto tale, del mondo che circonda e degli altri che lo abitano) si rappresenta quale potenza produttiva e istitutrice, facendo dell'uomo un essere che, per sopravvivere, deve non tanto relazionarsi ed esporsi a tutto ciò che incontra ibridandovisi,

¹²⁰ R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 17.

¹²¹ H.S. Becker H.S., *Outsiders. Saggi di sociologia della devianza*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2003, p. 28.

¹²² A. Dal Lago, *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanismi di controllo*, Ombre corte, Verona, 2000, p. 39.

¹²³ N. Elias, *The Society of Individuals*, London, 2001.

¹²⁴ F. Remotti, *Contro l'identità*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 8.

¹²⁵ Z. Bauman, *Stranieri alle porte*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. XI secondo cui il concetto d'identità «trasmette infatti una sensazione di precisione, di ordine, di incontestabilità, dovuta probabilmente all'impiego logico e metafisico da cui proviene, nonché a quello giuridico e amministrativo. [...] È come se, per noi, in un mare di probabilità e di incertezze l'identità personale costituisse davvero un'isola protetta, qualcosa che offre il massimo di sicurezza, riconoscibilità, permanenza».

quanto aggredirlo per negarlo e superarlo, o perlomeno prenderne le distanze per proteggersi e pre-munirsi (mettendo fine a ogni forma possibile di *munus reciproco*)¹²⁶.

Nella società del rischio proiettare sull'Altro la responsabilità delle insicurezze individuali e collettive rappresenta dunque uno strumento volto a ricreare fittiziamente una stabilità cognitiva che permette di identificare senza incertezze la causa di un malessere sociale che non si è in grado di ricondurre ad aspetti realistici, legati agli squilibri e alle tensioni presenti nel sistema sociale e nelle sue prospettive di sviluppo. Questa necessità di stabilizzazione si riverbera nel contenuto precettivo delle norme che perde la sua pregnanza critica ed assiologica, per divenire mero strumento di legittimazione del reale esistente: «l'hegeliano Stato etico si autorappresenta come tale a prescindere dalla sua concreta struttura. Non rileva cioè se il contenuto normativo sia radbruchianamente ingiusto ed intollerabilmente lesivo anche delle condizioni minime di rispetto della dignità umana, in quanto l'ordinamento, anche il più totalitario, ripeterebbe la propria legittimità dalla mera vigenza e dall'assenza di disfunzionalità al suo interno»¹²⁷.

L'altra faccia dell'alterità si esprime attraverso la reificazione del nemico che viene tematizzato, divenendo oggetto della comunicazione senza poter partecipare ad essa proprio in ragione dell'incomprensibilità del suo ruolo: questi rappresenta infatti un'irritazione proveniente dall'ambiente a cui la società reagisce tentando di annientarlo. Sostenere infatti che l'attribuzione di soggettività sia subordinata alla possibilità di inquadrare il comportamento individuale negli schemi di auto-riconoscimento sociale, determina un fenomeno di cosificazione¹²⁸ dell'uomo in ragione della funzione che questi svolge rispetto alla struttura sociale. Non ha rilevanza pertanto il ruolo sociale che la persona è chiamata a svolgere secondo l'immagine che il sistema proietta su di essa, essendo invece fondamentale il metodo di classificazione mediante cui leggere e prevedere il suo comportamento, in modo da ricondurlo agli ingranaggi stabilizzanti della struttura.

Tale "classificazione nosografica" mette a rischio la responsabilità quale caposaldo del garantismo in ambito penale, nella misura in cui «quando la pena è un puro mezzo di eliminazione del nemico in ragione della sua appartenenza identitaria a una determinata categoria, è negata in radice l'idea stessa di responsabilità. La quale presuppone invece l'esistenza, bensì, di un conflitto di volontà e di interessi realizzatosi nella violazione, ma anche e soprattutto l'idea di mantenere questo conflitto all'interno di un orizzonte comune in cui sia virtualmente possibile e auspicato il realizzare il coordinamento della volontà e degli interessi»¹²⁹.

La percezione dell'alterità e dei modi attraverso i quali è oggi declinata costituisce il punto di partenza di una riflessione che non può non constatare un avvenuto irrigidimento delle categorie identitarie divenute strumenti di propaganda politica atti a produrre emarginazione e rigetto, nonché funzionali a legittimare scelte normative e pratiche discriminatorie.

¹²⁶ G. Pezzano, *Il paradigma dell'antropologia filosofica tra immunità e apertura al mondo*, in "Dialegesthai. Rivista telematica di filosofia", 13, 2011.

¹²⁷ F. Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, cit., p. 196.

¹²⁸ F. Basaglia, *Corpo, sguardo e silenzio. L'enigma della soggettività*, in "Rivista sperimentale di freniatria", 2007, 1, p. 11 s.

¹²⁹ F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in "Questione giustizia", 2006, 2, p. 681.

Paradigmatica in questo senso è l'emersione di un diritto penale securitario «in cui, tramite la canalizzazione mediatica delle paure collettive verso soggetti deboli, percepiti come diversi dal corpo sociale, si sono compiute operazioni di *marketing* politico del tutto indifferenti alle coordinate garantiste del diritto penale del fatto¹³⁰.

Sotto un profilo propriamente giuridico, l'identificazione del nemico diviene naturalmente arbitraria se si ammette la possibilità di configurare in termini di osservanza il profilo giuridico del dovere di fedeltà all'ordinamento, operazione di per sé problematica ove ne risulti seriamente compromesso il rispetto del principio di legalità. Ciò avviene quando l'ordinamento viene infiltrato da norme a difesa del sistema artatamente generiche ed indeterminate con l'obiettivo di lasciare il più ampio spazio all'arbitrarietà ed al soggettivismo, di colpire dei sospetti atteggiamenti interiori piuttosto che delle condotte, di perseguire nemici presunti oltre quelli reali¹³¹.

Questa tendenza all'anticipazione dell'intervento si sviluppa, amplificando un meccanismo perverso, in una sensibile attenuazione delle garanzie individuali proprie dello Stato di diritto, sul piano non soltanto del trattamento sanzionatorio e dell'accertamento processuale, ma altresì della stessa struttura delle fattispecie incriminatrici, che vengono configurate con una torsione soggettivistica tale da assorbire il disvalore del fatto nella proiezione finalistica dell'agente.

Nella riflessione di Jakobs è centrale «la sicurezza della società dal reo» che viene «perseguita o attraverso una custodia preventiva legittimata in quanto tale o attraverso una pena privativa della libertà che sia tale da garantire la sicurezza [...] queste pene non si possono spiegare con la considerazione di ciò che è accaduto [...] ma soltanto con la presenza del pericolo»¹³².

È difatti nel rapporto tra sviluppo tecnologico e la conseguente moltiplicazione delle fonti di rischio che si alimenta il senso di insicurezza collettivo a cui viene data risposta mediante concezioni tecnocratiche del finalismo della pena¹³³, tali da trasfigurarne la funzione general-preventiva nel veicolo di orientamenti politico-criminali volti alla segregazione e neutralizzazione del reo il quale, ponendosi quale fattore di destabilizzazione delle aspettative normative condivise – attraverso la condotta criminosa e la violazione del ruolo assegnatogli dalla struttura sociale – avrebbe dichiarato 'guerra' allo Stato, autoescludendosi da esso e perdendo il privilegio della cittadinanza. In questo contesto la figura del nemico assume tratti paradossali, nella misura in cui il suo trattamento, pur rappresentando la normativizzazione di

¹³⁰ G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in "Criminalia", 2013, p. 95 ss.; nonché L. Risicato, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 25 ss.

¹³¹ R. Zaffaroni, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 757

¹³² G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, cit., p. 123.

¹³³ A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in "Dei delitti e delle pene", 1985, 3, p. 443 secondo cui «la ragion d'essere della prevenzione è l'ipotesi di una società del rischio, depositaria di un terrore anticipato che preoccupa il legislatore, e che giustifica il potere costituito ad una strumentalizzazione dell'allarme sociale, attuando l'utilizzo della pena non a fini rassicuranti per la collettività, ma a fini eliminatori della paura stessa, ponendo diritti e garanzie in un piano inesistente»; S. Bonini, *La funzione simbolica del diritto penale del bene giuridico*, Esi, Napoli, 2018, p. 166 ss.

un dispositivo di esclusione dalla società del nemico a cui viene negata la qualità di persona, è propriamente e strutturalmente giuridico, rifuggendo forme di anomia. Il diritto penale del nemico è sì una guerra, ma una guerra il cui carattere limitato od assoluto è direttamente proporzionale al grado di timore sociale suscitato dal nemico stesso, dalla sua influenza destabilizzante lo *status quo*.

La mobilità del confine che distingue cittadino e nemico emerge in tutti quei casi nei quali il diritto penale ordinario (quello che reprime delitti come l'omicidio, il furto o la corruzione), da strumento di tutela di beni giuridici e della giustizia, diviene un'arma sociale contro autori di reato a cui è riservato il trattamento proprio dei nemici dello Stato, subendo quindi una *capitis deminutio*. In questi termini «a un diritto giusto viene sostituito un diritto utile e temibile, un'arma che deve fare male e paura, con prevalenza delle funzioni di *deterrence* e di neutralizzazione. Prevenzione generale negativa e positiva, dunque, si sposano insieme in quel concetto complesso che, in area anglo-americana, si definisce concezione *espressiva* della pena e a un uso simbolico della sua minaccia»¹³⁴.

Nell'ambito della politica criminale italiana, il settore della normativa sull'immigrazione rappresenta uno tra i più interessanti esempi dell'emersione del paradigma del diritto penale del nemico¹³⁵. Il diritto dell'immigrazione in questo contesto si rappresenta infatti come un "rilevatore sociale", laddove le politiche in materia si sono venute strutturando a partire dall'idea di un fenomeno intrinsecamente portatore di conflittualità sociale, il che ha ispirato strategie normative ispirate non semplicemente alla mera limitazione degli ingressi, bensì anche ad un tendenziale disconoscimento dei diritti degli immigrati irregolari come di quelli già regolarmente soggiornanti. Come già rilevato in dottrina¹³⁶, «l'intreccio tra i diversi rami dell'ordinamento – penale e amministrativo – e la contaminazione, o svilimento dei rispettivi principi; la politicità della materia [...], ossia quella pertinenza al potere esecutivo che si traduce nella centralità del ruolo dell'autorità di polizia e nella conseguente amministrativizzazione dei diritti fondamentali del migrante; la sterilizzazione dell'intervento della giurisdizione e la drastica semplificazione delle procedure» determinano «i profili del diritto speciale dei migranti».

Questo diritto speciale è il frutto combinato di uno statuto formale e di prassi materiali entrambe tese ad inferiorizzare i cittadini stranieri che sono considerati essenzialmente

¹³⁴ M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico». Prima parte. Il riemergere del «nemico» nelle politiche penali contemporanee*, in "Cassazione penale", 2006, 2, p. 707, il quale così descrive i rapporti tra le due tipologie di diritto penale, «Al delinquente «normale», pertanto, vanno riservati tutti i diritti (lo *status*) del cittadino, consentendogli la reintegrazione nel patto sociale: egli, infatti, rimane un valido destinatario della norma, perchè la contraddice e non la nega radicalmente. La pena, nei suoi confronti, mantiene la sua vigenza e va applicata per contraddire la violazione del precetto, secondo un processo che rimane dialogico. Al delinquente per convinzione, invece, che si collochi al di fuori dell'ordine sociale perchè intende minacciarlo costantemente, diventando 'per principio' un avversario dell'ordinamento giuridico, non si può applicare un diritto dialogico: egli va trattato come un soggetto pericoloso, e quindi la pena non contraddice la violazione di una norma da parte di un soggetto che riconosce l'ordinamento, ma svolge il mero compito di eliminazione di un pericolo. In questo senso egli non è una 'persona', cioè un soggetto rispetto al quale sia ancor possibile il dialogo da parte dell'ordinamento, e perciò nello stesso senso il diritto svolge contro di lui una guerra o una lotta, esattamente come contro un nemico» (Ivi, 710).

¹³⁵ M. Caterini, *Il diritto penale del nemico presunto*, in "Politica del diritto", 2015, 4, p. 637 ss.; L. Masera, *Il diritto penale "dei nemici". La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2020, p. 804.

¹³⁶ A. Caputo, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in "Questione giustizia", 2004, 2-3, p. 360.

secondo una prospettiva monodimensionale¹³⁷. Anche dal contesto normativo vigente emerge una rappresentazione diffusa dei migranti stigmatizzante, criminalizzante, quasi una categoria liminare dell'immaginario che tende a privilegiare stereotipi, pregiudizi e accenti emotivi, piuttosto che la realtà dei fatti e dei protagonisti delle storie di migrazione. Alla domanda di sicurezza, il legislatore ha pressoché esclusivamente risposto attraverso il diritto penale, così assecondando la facile tentazione – a fronte di possibili e necessari interventi extra-penali di controllo e prevenzione dell'immigrazione irregolare senza dubbio impegnativi sul piano economico – di fare appello all'effetto istantaneo di stigmatizzazione dell'irregolarità e al presunto effetto di deterrenza e intimidazione del soggetto migrante scaturente dalla minaccia della pena quale primario strumento di contenimento dei flussi¹³⁸. Il paradigma dell'esclusione e della neutralizzazione dello straniero trova concreta espressione nell'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, nel suo accompagnamento coattivo alla frontiera e nel trattenimento nei centri di permanenza per il rimpatrio, spesso luoghi ove il diritto è sospeso, determinando la *deminutio capitis* di chi vi è trattenuto¹³⁹.

Un'ultima notazione pare opportuna: Jakobs non ha mai citato nei suoi scritti Schmitt, da cui almeno apparentemente sembrerebbe debitore di alcune concezioni chiave per la sua riflessione. Se è vero che le idee del penalista tedesco «rientrano senza particolare sensibilità nella stessa logica»¹⁴⁰ di Schmitt, vi sono differenze abissali nelle concezioni del nemico che viene "costruito" dal primo esclusivamente nel contesto dello Stato di diritto, laddove per il giurista di Plettenberg il nemico presuppone uno Stato assoluto, inteso come uno Stato in cui il potere del sovrano di definire il proprio nemico non ha limiti, poiché questo potere è l'essenza stessa del politico¹⁴¹. Ancora per Schmitt vi è una netta distinzione tra il nemico e il criminale¹⁴², laddove il nemico non è neutralizzabile in termini giuridici perché è parte di quell'alterità che ci appartiene. Tale coappartenenza dei nemici è conseguentemente funzionale alla condizione di amicizia, quale precipitato interno dell'alterità¹⁴³. Al contrario, Jakobs ritiene che si possa esercitare sul nemico una forma peculiare di coercizione tale da determinare la

¹³⁷ E. Rossi, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull'evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell'ordinamento italiano*, in "Rivista di diritto costituzionale", 2010, p. 87 ss.

¹³⁸ F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", 2010, p. 30 s.

¹³⁹ M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in "Questione giustizia", 2009, 1, p. 101 ss.; L. Ferrajoli, *La criminalizzazione degli immigrati*, *ivi*, 2009, 5, p. 9 ss.; G.L. Gatta, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2015, p. 189 ss.; M. Pelissero, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in "Questione giustizia", 2007, 4, p. 684 ss.

¹⁴⁰ E.R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 159.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 147.

¹⁴² Per Schmitt, la confusione tra nemico e criminale era un prodotto dell'universalismo anglosassone; in particolare il termine 'criminale' è emerso nel diritto internazionale dopo la prima guerra mondiale nel tentativo di giudicare il Kaiser Guglielmo II, trovando successiva consacrazione con il Tribunale di Norimberga che, nel suo statuto, attribui alla guerra di aggressione la qualificazione di crimine internazionale. Cfr. C. Schmitt, *La guerra di aggressione come crimine internazionale*, il Mulino, Bologna, 2015.

¹⁴³ Così C. Schmitt, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, hrsg. v. Eberhard Freiherr von Medem, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, p. 212 s. «Il nemico è la nostra questione messa in figura/ E lui andrà a caccia di noi e noi di lui, fino alla stessa fine». (Der Feind ist unsere eigene Frage als Gestalt /Und er wird uns, wir ihn zum selben Ende hetzen).

“spersonalizzazione” del soggetto¹⁴⁴ che, escluso dal dominio della legge, viene neutralizzato. In sostanza per Jakobs il nemico è contemporaneamente un criminale, per Carl Schmitt no: il nemico per quest’ultimo è l’*hostis*, mentre per Jakobs è un *inimicus*, essendo originariamente un criminale che diventa un nemico a causa dei crimini che progetta¹⁴⁵.

Come afferma Quentin Skinner, non bisogna prendere la parola per la cosa¹⁴⁶ e quindi sebbene entrambi parlino di *Feind*, Jakobs si riferisce principalmente a un criminale che minaccia lo Stato dall’interno dell’ordinamento, mentre Schmitt, immagina principalmente un nemico spazialmente differenziato che viene rispettato, legittimato e non annientato¹⁴⁷.

5. Declinazioni del diritto penale del nemico: il caso dell’immigrazione

Il rapporto a fisarmonica tra inclusione ed esclusione che connota il fenomeno dell’immigrazione è lo specchio di una tensione contraddittoria caratterizzata dalla presenza di elementi conflittuali all’interno delle relazioni umane e che «sono presenti in modo esemplare nella forma sociale dello straniero, attraverso la quale un gruppo sociale definisce lo statuto dei suoi rapporti con ciò che è diverso e gli si oppone»¹⁴⁸. La percezione dell’alterità e dei modi attraverso i quali è oggi declinata costituisce il punto di partenza di una riflessione che non può non constatare un avvenuto irrigidimento delle categorie identitarie divenute strumenti di propaganda politica atti a produrre emarginazione e rigetto, nonché funzionali a legittimare scelte normative e pratiche discriminatorie. Paradigmatica in questo senso è l’emersione di un diritto penale securitario «in cui, tramite la canalizzazione mediatica delle paure collettive verso soggetti deboli, percepiti come diversi dal corpo sociale, si sono compiute operazioni di *marketing* politico del tutto indifferenti alle coordinate garantiste del diritto penale del fatto»¹⁴⁹.

Il risultato è stato l’uso frequente della norma penale come strumento pressoché impazzito di neutralizzazione simbolica dei problemi sociali, «l’ombra lunga e inquietante di un diritto penale antico, che dietro il suo apparente, inutile, rigore, nasconde l’assoluta incapacità – e probabilmente l’intima assenza di volontà – di affrontare davvero i problemi sociali»¹⁵⁰.

La legislazione in materia ha progressivamente assunto forme e stili propri del securitarismo sempre più marcato e repressivo, sino alla criminalizzazione di condotte meramente preparatorie o agevolative non solo di illeciti penali, ma addirittura solo amministrativi, a cui si accompagna una sensibile riduzione delle garanzie processuali e l’applicazione di pene edittali palesemente sproporzionate rispetto alla gravità dell’illecito. L’intreccio tra

¹⁴⁴ G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., p. 35.

¹⁴⁵ E. Mizrahi, *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günter Jakobs*, Universidad Nacional de La Matanza, Buenos Aires, 2012, p. 74.

¹⁴⁶ Q. Skinner, *Significato e comprensione nella storia delle idee*, in Id., *Dell’interpretazione*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 135 s.

¹⁴⁷ Sottolinea le differenze tra i due Autori, C. Galli, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 45 ss.

¹⁴⁸ S. Tabboni (a cura di), *Vicinanza e lontananza. Modelli e figure dello straniero come categoria sociologica*, FrancoAngeli, Milano, 1990, p. 39.

¹⁴⁹ G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in “Criminalia”, 2013, p. 95 ss.

¹⁵⁰ G. Balbi, *Società paranoiche e diritto penale*, in “Critica del diritto”, 2012, 3/4, p. 435 ss.

procedure amministrative e istituti penalistici attribuisce poi al diritto speciale dell'immigrazione la fisionomia di un vero e proprio sottosistema penal-amministrativo, dotato di una logica interna in forza della quale «i principi e gli scopi dell'ordinamento penale – del diritto e della procedura penale – vengono piegati, asserviti all'attività amministrativa preordinata all'allontanamento del nemico della società, lo straniero»¹⁵¹.

Lo stesso ruolo preponderante della sicurezza nell'indirizzare tali scelte normative incarna la funzione di assicurazione delle paure sociali e di polarizzazione delle componenti identitarie, venendo a soddisfare bisogni emotivo-irrazionali del corpo sociale di carattere prettamente simbolico, svincolati da modelli di efficienza e ragionevolezza. «Si entra così negli anfratti di politiche-criminali simboliche e regressive, che incanalano il bisogno di sicurezza sociale in modelli preventivi, permeabili a logiche presuntive che inclinano verso la valorizzazione penale di paradigmi etico-morali»¹⁵².

Al contempo la dispercezione del fenomeno ha determinato l'affermarsi di una concezione emergenziale e patologica della gestione dei flussi migratori¹⁵³. Nel contesto dell'emergenza che si autoalimenta, la domanda di sicurezza proveniente dal corpo sociale è stata decontestualizzata e destrutturata da meccanismi di rappresentazione delle dinamiche securitarie, che tendono a rielaborarla nella prospettiva della comunicazione e in funzione di esigenze di spettacolarizzazione. In tal senso al diritto (specie penale) vengono dunque affidate funzioni taumaturgiche che nella logica securitaria trovano l'ideale cassa di risonanza mediatica¹⁵⁴, creando una condizione di legalità sospesa in cui «i mezzi non obbediscono al criterio, lungo e laborioso, della giustizia, bensì a quello, più spiccio, dell'efficacia»¹⁵⁵. Un'incongruenza – quella di un diritto stretto in una morsa, nel mezzo della dialettica tra giustizia e difesa sociale – che contraddice le fondamenta costituzionali del diritto e delle sue garanzie.

«Paura e insicurezza, pertanto, costituiscono ad oggi i principali veicolatori emozionali di consenso utilizzati dal legislatore per fomentare una criminologia dell'altro e legittimare una (sgradevole) "cultura del controllo", ove l'ordine coincide con l'esclusione, il controllo con la polizia, la paura con lo straniero e la criminalità con la clandestinità»¹⁵⁶.

¹⁵¹ A. Caputo, *Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 126.

¹⁵² F. Forzati, *La sicurezza penale fra assicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, in "Archivio penale", 2018, 3, p. 24.

¹⁵³ Così «secondo un meccanismo di esclusione (capro)espiatoria [...] gli archetipi criminali che emergono dai media sono sempre emotigeni e a base ansiogena: il criminale è per lo più un soggetto antropologicamente indecifrabile, mosso da istinti antisociali oscuri quanto profondi: un soggetto che, soprattutto, non può essere recuperato socialmente, ma può e deve essere soltanto combattuto. Se è dunque vero che i media sono tuttora pervicacemente ancorati al paradigma criminal-politicamente obsoleto della (pura) difesa sociale, è anche vero che proprio nei medi, e, non da ora, si può, volendo, ravvisare la genesi culturale del fosco paradigma del Feindstrafrecht (il "diritto penale del nemico")». Cfr. C.E. Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Scritti per Federico Stella*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, p. 327 s.

¹⁵⁴ F. Forzati, *La sicurezza penale fra assicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, cit., p. 43 secondo cui «si registra in tal senso l'involuzione della norma penale, ridotta a contenitore acritico ed atecnico degli umori e delle opinioni comuni, ovvero alla costruzione/promozione penale di una sicurezza-spot, in cui la componente tecnico-giuridica si limita a recepire gli slogan populistici (sempre attuali) delle crescenti restrizioni di libertà a fronte di maggiore sicurezza».

¹⁵⁵ V. Mathieu, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Liberilibri, Macerata, 2007, p. 222.

¹⁵⁶ G. Alesci, *(In-) Sicurezza e immigrazione. La "colpevolizzazione" dello straniero nel diritto dell'emergenza*, in "Archivio Penale", 2018, 3, 3.

Si tenta in questo modo di fornire risposte semplificate a insicurezze sociali profonde e di tenere sotto controllo le spinte irrazionali dell'allarme sociale, posizionando la normazione sul piano (improprio) di una funzione compensativa-sostitutiva dell'assenza di comunità e di luoghi ove realizzare forme di intermediazione e interlocuzione politica attiva. Al contempo, sul piano degli oggetti – più che soggetti – delle politiche criminali, la loro stigmatizzazione attraverso l'attributo della clandestinità costituisce il portato dell'incapacità dell'ordinamento a costruire politiche efficaci di integrazione sociale, invece che ricorrere alla via di fuga dell'espulsione, che riproduce nei confronti del migrante le dinamiche proprie della segregazione¹⁵⁷.

In tale contesto distale¹⁵⁸ diviene 'naturale' riferirsi agli immigrati come «non persone», ossia «quegli esseri umani che sono intuitivamente delle persone come noi (esseri umani viventi dotati di una personalità sociale e culturale), a cui però vengono revocate – di fatto o di diritto, implicitamente o esplicitamente, nelle transazioni ordinarie o nel linguaggio pubblico – la qualifica di persona e le relative attribuzioni»¹⁵⁹.

Come già sottolineato, in Jakobs, l'elemento che giustifica il diritto penale del nemico è l'impossibilità di istituire una comunicazione tra lo Stato (e la comunità che esso rappresenta) e colui (il nemico) che ne infrange le regole, al punto che le sanzioni previste assumono una funzione volta all'assoluta esclusione del soggetto dal corpo sociale. In questi termini, le sanzioni specificamente previste dall'ordinamento giuridico per gli immigrati, come l'espulsione – tanto nella forma amministrativa che penale –, l'internamento nei Centri di permanenza per i rimpatri o la condanna al carcere senza possibilità di accedere ad una pena alternativa non-detentiva che preveda il reinserimento sociale del reo, sono rappresentative di una concezione di prevenzione special-negativa, concretantesi nell'esclusione dal consesso sociale di un soggetto non altrimenti assimilabile. Si tratta di una forma speciale di risposta punitiva che lo Stato rivolge a coloro che sono percepiti come soggetti "eccedenti", vale a dire soggetti inutili socialmente¹⁶⁰, che, a differenza dei cittadini, possono essere relegati in un luogo di confino sociale.

6. Garantismo e democrazia in Ferrajoli

Nell'affrontare la teorizzazione del diritto penale del nemico, Ferrajoli principia sottolineando il proprio disagio e il malcelato fastidio nel constatare quanto fascino suscitino

¹⁵⁷ La critica al diritto penale del nemico in materia di immigrazione si sviluppa lungo due ordini di argomenti: da un lato vengono violati i limiti costituzionali della funzione punitiva, dall'altro l'efficienza protettiva è solo apparente. Questa disciplina infatti non si pone solo in profondo contrasto con i principi garantistici della Costituzione, ma ignora anche il principio di efficienza, dando conto di una evoluzione segnata da un messaggio fondato sull'efficienza simbolica dei valori della Costituzione ad un "simbolismo efficientista", figlio di una politica spettacolarizzata, che produce costi incalcolabili in termini di giustizia ed equità sociale.

¹⁵⁸ V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2002, 40 che descrive il contesto distale o di sfondo «come contesto che contiene (insieme ad altri elementi) tutte le presupposizioni culturali che assicurano, sino a prova contraria, la rigidità del significato convenzionale delle parole o locuzioni contenute nelle disposizioni, o comunque la rigidità del loro significato tradizionalmente accettato e spesso considerato come l'unico possibile».

¹⁵⁹ A. Dal Lago, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2002, 213.

¹⁶⁰ F. Rahola, *Zone definitivamente temporanee*, Ombre corte, Verona, 2003, 16 ss.

nell'accademia «formule» con cui vengono designate «le strategie di controllo penale» e la loro «capacità di contagio e corruzione dell'immaginario penalistico»¹⁶¹. Questa fascinazione è frutto anche della «fallacia realistica che affligge buona parte della filosofia politica e giuridica, che scambiano ciò che accade con ciò che è giusto o legittimo, politicamente e giuridicamente, che accada, così occultandone il carattere illecito e criminale: l'autolegittimazione in breve come diritto, in nome dell'efficienza, delle pratiche pur in contrasto con il modello normativo del diritto penale»¹⁶².

La sua reazione si traduce in una ferma e sprezzante liquidazione del modello di Jakobs ridotto ad «un ossimoro, una contraddizione in termini che rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale: la dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza, dato che la figura del nemico appartiene alla logica della guerra, che del diritto è la negazione, così come il diritto è la negazione della guerra»¹⁶³.

Questa presa di posizione si iscrive nella sua concezione del costituzionalismo contemporaneo, che si sviluppa a partire dalla positivizzazione di un catalogo di diritti fondamentali dall'indiscutibile forza normativa – espressa nella delimitazione dei poteri sovrani di fronte ai diritti – dando vita a un paradigma rinnovato di Stato di diritto che suppone l'incorporazione al diritto positivo del programma morale e politico del giusnaturalismo razionalista.

La caratteristica fondamentale del costituzionalismo si rinviene nella limitazione del potere politico che trova espressione matura nella formula del *governo sub juribus*, ossia nella pretesa normativa, tradotta giuridicamente nei contenuti normativi delle costituzioni, del dovere di rispettare e rendere effettivi i diritti fondamentali¹⁶⁴. Questo nuovo paradigma si fonda su un aspetto essenziale del costituzionalismo contemporaneo: la regolazione non solo del *chi* e del *come* si decide, ma anche del *che cosa* si può o non si può, si deve o non si deve decidere.

Sotto quest'ultimo profilo si rammenta come la costituzione esprima la soggezione «del diritto al diritto» generata dalla dissociazione tra validità formale e validità sostanziale, tra mera e stretta legalità, dimensioni che compendiano non solo norme di competenza e di procedura che condizionano il vigore della legge, ma anche norme sostanziali, che ne condizionano la validità¹⁶⁵. Se negli ordinamenti liberali, lo Stato di diritto si connotava per la centralità della legge quale fonte suprema e insindacabile della produzione giuridica, per maggioranze parlamentari onnipotenti e per la coincidenza tra validità ed esistenza delle leggi, con la positivizzazione costituzionale dei diritti fondamentali, il legislatore è ora soggetto a limiti e a vincoli

¹⁶¹ L. Ferrajoli, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in "Questione giustizia", 2006, 4, p. 798.

¹⁶² *Ivi*, p. 799.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Così L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, descrive il modello garantista, in primo luogo, come un modello normativo di diritto, costituito da un sistema di potere essenziale dotato di tecniche di tutela in grado di minimizzare la violenza e massimizzare la libertà e che in ambito giuridico genera un sistema di vincoli imposti al potere punitivo dello Stato, apprezzabile per il grado di soddisfazione dei suddetti fini. In secondo luogo, designa una teoria critica del diritto la cui missione consiste nel denunciare l'esistenza di divergenze empiriche tra l'essere e il dover essere dei sistemi giuridici complessi, come risultato dei contrasti tra i loro modelli e le loro pratiche concrete. E, in terzo luogo, allude a una filosofia del diritto – motivata dalla sfiducia nel potere – in virtù della quale alla legge e allo Stato è affidato il dovere di giustificarsi esternamente in funzione dei beni e degli interessi la cui tutela e garanzia è appunto il loro scopo.

¹⁶⁵ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 17.

sostanziali, rompendo la presunzione di legittimità del diritto e aprendo lo spazio ad antinomie per l'indebita produzione di leggi invalide e a lacune per l'indebita omissione di leggi dovute¹⁶⁶.

«La costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali – imponendo obblighi e divieti ai pubblici poteri – ha infatti innestato nella democrazia una “dimensione sostanziale”, in aggiunta alla tradizionale “dimensione politica”, meramente “formale” o “procedurale”. Se infatti le norme formali della costituzione – quelle che disciplinano l'organizzazione dei pubblici poteri e che sono dettate per esempio dalla seconda parte della nostra costituzione – garantiscono la dimensione formale della “democrazia politica” che riguarda il *chi* e il *come* delle decisioni, le sue norme sostanziali – quelle che stabiliscono i principi e i diritti fondamentali e che sono di solito contenute nella prima parte delle costituzioni – garantiscono quella che ben possiamo chiamare la dimensione materiale della “democrazia sostanziale”, dato che riguardano il *che cosa* non può essere deciso o dev'essere deciso da qualunque maggioranza, vincolando la legislazione, a pena d'invalidità, al rispetto dei diritti fondamentali e degli altri principi assiologici da esse stabiliti»¹⁶⁷. Queste condizioni sostanziali di validità «penetrano nuovamente nel diritto, grazie a questo terzo paradigma [quello costituzionale], sotto forma di principi positivi di giustizia, ossia di *principia iuris et in iure*, stipulati in norme sovraordinate alla legislazione»¹⁶⁸.

Si impone una versione forte propria di un costituzionalismo “materializzato” in cui i principi sostanziali di giustizia, e specialmente i diritti fondamentali, che prima si collocavano fuori dal diritto, nella sfera della morale, divengono solennemente parte integrante dell'ordine giuridico.

Ciò determina un sostanziale mutamento nel rapporto tra la politica e il diritto, laddove non vi è più subordinazione del legale al politico, ma è la politica che diventa strumento di attuazione del diritto, pur condizionata ai limiti e ai vincoli ad essa imposti dai diritti sanciti a livello costituzionale; siano essi i limiti e divieti generati dai diritti di libertà che non possono essere violati, o i vincoli e obblighi imposti dall'attuazione dei diritti sociali a cui deve essere data soddisfazione. Tali limiti e vincoli – corrispondenti ai diritti fondamentali – delimitano quella sfera del *non decidibile*, ossia di ciò che nessuna maggioranza può decidere¹⁶⁹.

La determinazione di una sfera del non decidibile rappresenta una potente fattore di *integrazione* della democrazia nella misura in cui i diritti fondamentali – i diritti di libertà e i diritti sociali, al pari di quelli politici e civili – che vi sono racchiusi, rappresentano il fondamento di un'uguaglianza *en droits*, riferendosi a poteri e ad aspettative di tutti e a ciascuno, ossia del popolo intero e di ogni persona che lo compone. Da qui si giustifica anche la rigidità delle

¹⁶⁶ L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 20 s.

¹⁶⁷ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in “Revista do Instituto brasileiro de direitos humanos”, 2016, 16, p. 372.

¹⁶⁸ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *cit.*, p. 847.

¹⁶⁹ L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali come dimensioni della democrazia costituzionale*, in “Ricerche giuridiche”, 2014 3, p. 215. In particolare la sfera dell'*indecidibile* è costituita «dall'insieme dei diritti di libertà e di autonomia i quali precludono, in quanto aspettative negative, decisioni che possano lederli o ridurli; [quella] dell'*indecidibile che non*, determinata dall'insieme dei diritti sociali; i quali impongono, in quanto aspettative positive, decisioni dirette a soddisfarli», e la sfera del *decidibile* «all'interno della quale è legittimo l'esercizio dei diritti di autonomia», intesa sia come autonomia politica, mediata dalla rappresentanza, che come autonomia privata nell'ambito del mercato. Cfr. L. Ferrajoli, *Sobre la definición de 'democracia'. Una discusión con M. Bovero*, in “Isonomía”, 2003, 19, 231.

costituzioni, dato che i diritti fondamentali, e quindi le norme costituzionali ove sono riconosciuti, proprio perché sono diritti di tutti e di ciascuno, da una parte, non sono sopprimibili né riducibili a maggioranza¹⁷⁰, dall'altra, conferiscono ai loro titolari – ossia a tutte le persone in carne ed ossa – una collocazione a sua volta sovraordinata all'insieme dei poteri, pubblici e privati, i quali al rispetto e alla garanzia dei medesimi diritti sono vincolati e funzionalizzati.

Ancora, se poi entriamo nel merito per identificare chi siano i titolari dei diritti fondamentali, Ferrajoli ci offre una definizione precisa, riferendosi alle «persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci d'agire o in quanto cittadini capaci d'agire»¹⁷¹. Vi è da precisare come, nella concezione di Ferrajoli, i diritti di cittadinanza non esauriscano la categoria dei diritti, assumendo, sotto un profilo giusdogmatico, che le costituzioni statali e le convenzioni sovranazionali ascrivono la maggior parte dei diritti agli uomini in quanto persone, e non in quanto cittadini¹⁷².

Lo stretto legame tra diritti e personalità proposto da Ferrajoli esclude quindi in radice la degradabilità del reo in non-persona, soprattutto pensando che il sistema dei diritti fondamentali – e la ragione della loro sottrazione al dominio illimitato del politico – vengono funzionalmente definiti come «leggi del più debole che è tutelato nei confronti del più forte»¹⁷³. In questa prospettiva emerge «un nesso tra persona, dignità e diritti fondamentali: la dignità spetta alla persona solo perché tale e si realizza attraverso l'attribuzione alla persona dei diritti fondamentali, sia di libertà che sociali, e la loro concreta garanzia [...] I diritti fondamentali equivalgono ad altrettanti connotati e fattori della dignità della persona»¹⁷⁴.

La cifra esplicita di ogni offesa alla dignità umana figura nel ridurre l'uomo ad una sua parte, nel farne una sineddoche esistenziale. Così, si offende la dignità di una persona quando la si identifica solo con il reato che ha commesso, in quanto, pur nell'essere malata, essa non perde la qualità di soggetto morale; anzi, per certi aspetti, il reato ne amplifica l'umanità, modificando la percezione che ciascuno ha di sé e del contesto che vi sta attorno.

Ferrajoli non si nasconde, sin dall'inizio della sua riflessione, che il momento critico del sistema delle garanzie è dato dal forte divario tra normatività ed effettività, specie a seguito dell'emersione di antinomie tra principi costituzionali e norme gerarchicamente subordinate, che si manifesta attraverso tre divaricazioni dal modello garantista disegnato dalla Costituzione, dando vita ad altrettanti sotto-sistemi penali, quello ordinario, di polizia e d'eccezione¹⁷⁵.

Ne emerge un ordinamento stratificato, costituito da tanti livelli normativi quanto quelli assunti come riferimenti semantici (offerta da Costituzione, legge ordinaria, giurisdizione, attività di polizia) e in cui normatività ed effettività sono inversamente proporzionali al grado assegnato alla fonte nella gerarchia. Così il diritto penale garantista, imperniato sui principi

¹⁷⁰ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 19.

¹⁷¹ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, cit., p. 727.

¹⁷² L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 316; Id., *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 125.

¹⁷³ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, cit., p. 57 ss.

¹⁷⁴ L. Ferrajoli, *Dignità e libertà*, in "Rivista di filosofia del diritto", 2019, 1, p. 24 s.

¹⁷⁵ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. XIX e p. 725.

costituzionali, viene insidiato dallo «svuotamento progressivo di quasi tutte le garanzie sostanziali e processuali ed [da] una crescente amministrativizzazione del diritto penale, la quale si è espressa nella sua tendenziale mutazione da sistema strettamente retributivo diretto a prevenire reati futuri solo mediante la punizione di reati passati e provati, in un sistema tendenzialmente preventivo, diretto a fronteggiare il mero sospetto di reati passati o il mero pericolo di reati futuri»¹⁷⁶.

In questa prospettiva, il concetto di diritto penale del nemico si qualifica come sottosistema d'eccezione e mostra la sua estraneità rispetto alla fisionomia tradizionale del diritto penale, non solo per l'introduzione di ipotesi di punibilità anticipata mediante fattispecie di pericolo astratto, la svalutazione del principio di tassatività o la costruzione della fattispecie in chiave soggettivamente orientata, ma anche per l'«inquietante quanto naturale tendenza all'espansione verso altri nemici della società», dimenticandosi che un «diritto penale che vede nemici ogni dove rischia di accreditare l'immagine di una società percorsa da una generalizzata guerra civile, contribuendo così a fomentare una conflittualità, anzi uno spirito sociale d'inimicizia, che è del tutto contrario alla sua vera missione di stabilizzazione e pacificazione della società»¹⁷⁷.

Ancora una cultura dell'emergenza ed una pratica dell'eccezione ispirati ad una ragion di stato «guidata da una logica partigiana e conflittuale dell'amico/nemico» si convertono in forme di giustizia come «procedura decisionistica ed inquisitoria fondata sul principio dell'amico/nemico e sorretta, ben più che dalla stretta legalità, dal consenso maggioritario dei partiti e dell'opinione pubblica»¹⁷⁸.

Diversamente da quanto sostenuto da Jakobs, il diritto penale è *tout court* la negazione del nemico e ne è riprova la circostanza che il potere punitivo trova la propria legittimazione nella limitazione della violenza sregolata che caratterizza lo stato di guerra. Gli strumenti del sistema penale vengono infatti edificati per sottrarre e conquistare definitivamente gli spazi occupati dalla violenza e stabilire al posto suo la legalità e la tutela dei diritti di ciascuno. Così «il diritto è l'alternativa al bellum omnium, cioè alla violenza sregolata della guerra. Con esso si esce dallo stato di natura e la società selvaggia si civilizza; sicché nella società civile istituita dal diritto non esistono più nemici ma consociati, non più guerre ma pene e delitti»¹⁷⁹.

Ferrajoli ammonisce ricordando le derive che tali teorizzazioni hanno raggiunto ad Abu Ghraib come a Guantanamo che vengono ricordate come «l'atto di nascita del diritto penale del nemico. [Ove] alla base dell'identificazione ad esse c'è uno slittamento semantico in funzione di autolegittimazione: la confusione, più di ogni altra distruttiva del diritto e dello stato di diritto, tra diritto penale e guerra»¹⁸⁰.

Questa manomissione delle parole ha infatti una indubbia forza creatrice, perché «le parole sono anche atti, dei quali è necessario fronteggiare le conseguenze. Esse sembrano

¹⁷⁶ Ivi, p. 725.

¹⁷⁷ F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, cit., p. 679.

¹⁷⁸ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 852 s.

¹⁷⁹ L. Ferrajoli, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, cit., p. 804.

¹⁸⁰ *Ibid.* In senso critico M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., p. 726.

non avere peso e consistenza, sembrano entità volatili, ma sono in realtà meccanismi complessi e potenti, il cui uso genera effetti e implica (dovrebbe implicare) responsabilità»¹⁸¹.

Se il reo è un nemico, se la pena diviene strumento bellico, l'ordinamento si assoggetta alla logica strumentale della ragion di Stato in cui il fine giustifica i mezzi, legittimando ogni tipo di violazioni ai suoi stessi principi fondamentali. Al contempo la radicalizzazione del momento dinamico della lotta reca in sé l'inevitabile strumentalizzazione delle stesse norme di garanzia, il che rappresenta l'esatto contrario del garantismo penale, palesando la violazione del suo principio cardine che è quello della legalità: utilizzare il diritto come un'arma contro un fenomeno significa che la regola diviene strumento di politica criminale, non la definizione vincolante della premessa di un giudizio di responsabilità individuale, così il giudice da garante della legalità, diviene esecutore di programmi di politica del diritto che strumentalizzano la libertà e i diritti dei singoli a obiettivi collettivi¹⁸².

Inversamente, nello Stato di diritto è il mezzo – inteso quale rispetto di regole e procedure – a garantire il fine, il che assicura le fondamenta dello Stato di diritto che «non conosce amici nè nemici, ma soltanto innocenti e colpevoli»¹⁸³.

Questo rapporto, mezzo a fine, trova espressione nel garantismo che ha la funzione di «assicurare effettività ai vari tipi di diritti “fondamentali”»: che sono tali nel senso che i valori da essi espressi “fondano” e giustificano l'esistenza stessa di quegli “artifici”, come li chiamò Hobbes, che sono il diritto e lo Stato e che sono apprestati dagli uomini per la loro soddisfazione»¹⁸⁴.

Lo Stato, nel monopolizzare la responsabilità della violenza legittima, promette così di neutralizzare la violenza attraverso il diritto, attraverso il sistema giudiziario che concentra la sua preoccupazione sulla vittima non vendicata, concedendole una soddisfazione regolata per mitigarne il sentimento di vendetta. In tal modo viene dunque salvaguardata la sicurezza della collettività consentendo alla violenza di essere canalizzata entro un processo di razionalizzazione. Un processo entro il quale il diritto si rivela sempre di più come il luogo in cui si è giocata, e si continua a giocare, la scommessa della differenza rispetto alla violenza.

Il diritto torna allora alla essenza più concreta, alla condivisione di quella dimensione che libera ed emancipa entro un orizzonte in cui il giurista non è «semplice spettatore: noi facciamo parte dell'universo che descriviamo. Contribuiamo a costruirlo. Giacché il diritto è un mondo artificiale di segni e di significati ed è il linguaggio necessario a tematizzare i problemi politici e sociali: a nominarli, a chiarirne e a precisarne i termini, ad articolarne i molteplici aspetti, a prospettare le concrete, possibili soluzioni. Per questo, il diritto è come lo pensiamo, come lo interpretiamo, lo applichiamo, lo teorizziamo, lo progettiamo, lo difendiamo e lo

¹⁸¹ G. Carofiglio, *La manomissione delle parole*, Rizzoli, Milano, 2010, p. 23.

¹⁸² L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 26 ss.; Id., *Cos'è il garantismo*, in “Criminalia”, 2014, p. 129 ss.

¹⁸³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 512.

¹⁸⁴ Ivi, p. 377.

trasformiamo: sicché tutti – e noi giuristi per primi – ne portiamo, per come è, la responsabilità»¹⁸⁵.

¹⁸⁵ L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, cit., p. 252. Per completare questo pensiero si può citare E.R. Zaffaroni, *En búsqueda de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires 1989, p. 215 secondo cui: «Quando il giurista accetta che il diritto penale è politico, - ha scritto Zaffaroni - non può continuare ad essere l'esegeta o il costruttore di deduzioni razionalizzanti, ma colui che progetta l'esercizio di un potere, un uomo che lotta. Al giurista la scelta di decidere se generare un discorso al servizio del potere [...], razionalizzandolo come discorso funzionale a un supposto "sistema", o se produrre un discorso [...] al servizio della persona umana».