

MARIA CRISTINA CAVALLARO
Università degli studi di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

**GESTIONE DEI MIGRANTI, EMERGENZA SANITARIA E
SICUREZZA PUBBLICA: VERSO UN 'DIRITTO
AMMINISTRATIVO DEL NEMICO'?**

**MANAGEMENT OF MIGRANTS, HEALTH EMERGENCIES AND
PUBLIC SAFETY: TOWARDS AN 'ADMINISTRATIVE LAW OF THE
ENEMY'?**

SINTESI

L'articolo si occupa di verificare se in alcune disposizioni di legge e nelle conseguenti misure amministrative, soprattutto in tema di sicurezza pubblica, siano presenti i segni di quella logica binaria che caratterizza la teoria del diritto penale del nemico elaborata da Jakobs, valutando altresì quali siano le conseguenze e quali gli eventuali rimedi da considerare di fronte a una simile possibilità.

ABSTRACT

The article aims to verify whether in some provisions of the law and in the consequent administrative measures, above all in terms of public security, there are signs of that binary logic which characterizes the theory of the criminal law of the enemy elaborated by Jakobs, also evaluating what are the consequences and what possible remedies to consider in the face of such a possibility.

PAROLE CHIAVE: sicurezza pubblica, emergenza, nemico

KEYWORDS: public safety, emergency, enemy

INDICE: 1. Il punto di partenza: la teoria del diritto penale del nemico – 2. Gestione dei migranti, tutela della salute e l'orizzonte di un diritto amministrativo del 'nemico': alcuni esempi – 3. Sicurezza pubblica, tra interesse e funzione, e teoria del 'nemico' – 4. Il 'nemico' nel diritto amministrativo – 5. Alcune considerazioni finali: la sicurezza come diritto?

1. Il punto di partenza: la teoria del diritto penale del nemico

La teoria del diritto penale del nemico deve a Günther Jakobs la sua concettualizzazione.

Non è qui possibile tracciarne una compiuta ed esaustiva rappresentazione, per la ricchezza delle sollecitazioni, anche critiche, che essa ha suscitato e perché il tema esula certamente dal più ristretto perimetro che delinea l'oggetto di questo contributo. Può essere però utile provare a offrirne, sia pure sinteticamente, una rapida descrizione, per metterne in evidenza i tratti salienti e soprattutto per cogliere quei profili che possono assumere rilevanza nella prospettiva di un 'diritto amministrativo del nemico'.

In primo luogo, può osservarsi come alla base della teorizzazione del 'nemico' si ponga, secondo Jakobs, la nozione di 'persona in Diritto' in senso kelseniano. Rispetto alla quale non è sufficiente postulare che essa sia centro di imputazione di diritti e doveri, giacché, al contrario, l'individuo, in quanto destinatario dei diritti e dei doveri che l'ordinamento dispone, deve altresì consentire in concreto "di guardare a lui come una persona in Diritto"¹. Da qui l'idea del 'nemico', la cui figura si incarna in quell'individuo che si è allontanato dal diritto, "probabilmente in modo permanente, o comunque perlomeno con una certa serietà di intenzione": gli esempi proposti riguardano il soggetto che abbia commesso crimini particolari ed esecrabili, come i reati di terrorismo internazionale, o che sia incorso in recidiva². E poiché, per Jakobs, la nozione di 'nemico' è antitetica rispetto alla 'persona in Diritto', *id est* al 'cittadino', lo stesso 'nemico' può subire un trattamento differenziato, soprattutto, con riferimento alla pena detentiva e all'istituto della custodia cautelare.

Sotto questo profilo, il filosofo tedesco sembra richiamare, sia pure in chiave radicalmente diversa, quanto già rilevava Foucault, per il quale, nel quadro della "teoria generale del contratto", si presume che il cittadino aderisca

1 G. Jakobs, *La pena statale. Significato e finalità*, trad. it. D. Valitutti, Napoli, 2019, p. 106.

2 G. Jakobs, *op. cit.*, p. 109.

volontariamente al sistema delle leggi di una società, accettando anche, “una volta per tutte”, quella stessa legge “che rischia di punirlo”. Con la conseguenza che, secondo Foucault, “il criminale appare come un essere giuridicamente paradossale: egli ha rotto il patto, dunque è *nemico* dell'intera società, e tuttavia partecipa alla punizione che subisce”³.

Proprio qui si colloca il cuore della riflessione di Jakobs. Il quale si sofferma appunto sulla sottomissione del reo alla pena e osserva che se la stessa “viene inflitta con lo scopo di mantenere la base cognitiva della vigenza della norma” e se “avviene come prestazione della persona”, potendo essere eseguita anche volontariamente attraverso la sottomissione dell'autore del reato, nel caso in cui, al contrario, il reo manifesti “un comportamento tale che esclude in futuro di poter confidare nel compimento della norma” egli può essere limitato nella sua libertà “per un periodo di tempo maggiore di quanto necessario per il fatto commesso”. In tal caso, conclude l'A., “la misura di sicurezza si rivolge a lui in quanto individuo pericoloso; pertanto egli viene in tal modo depersonalizzato giuridicamente”.⁴ Ma, precisa Jakobs, il delinquente che si allontana in modo permanente dal diritto, cioè il ‘nemico’, può subire un trattamento differenziato, in quanto viene “depersonalizzato giuridicamente”, solo ed esclusivamente con riferimento alla misura di sicurezza: “per il resto, la personalità giuridica resta inviolata”, per cui il delinquente “mantiene il suo diritto all'incolumità fisica, alla sua proprietà, e deve pagare le tasse”.

Più precisamente, il processo di ‘depersonalizzazione’, per Jakobs, consegue alla perdita di ogni “aspettativa giuridica” circa i comportamenti futuri del reo, che perdono “il carattere di realtà”, per cui “il delinquente che deve essere costretto in sicurezza può continuare a essere trattato come persona giuridica, ma i rapporti reali con lui si trasformano in rapporti con il nemico”⁵.

3 M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. A. Tarchetti, Torino, 1976, p. 98, corsivo aggiunto.

4 G. Jakobs, *op. cit.*, p. 110.

5 G. Jakobs, *op. cit.*, p. 110 - 111.

Come si è detto, l'idea di Jakobs ha sollevato un ricco dibattito dottrinale, che in sede nazionale ha evidenziato non pochi profili critici e altrettanti dubbi sulla tenuta stessa della tesi in esame all'interno della cornice costituzionale. Non a caso Ferrajoli ha parlato di "dissoluzione del diritto penale", volendo stigmatizzare i rischi di una teoria della pena che guardi all'*individuo* che commette il reato e non al *fatto* di reato⁶. Se poi si punta l'attenzione sugli stessi presupposti filosofici che fondano la teoria del diritto penale del nemico, ne viene fuori una logica binaria, che ruota intorno alla contrapposizione tra persona e non-persona, assunta come precipitato teorico del principio di efficacia dell'ordinamento giuridico, a sua volta ancorato al normativismo di Kelsen e all'identificazione tra Stato e ordinamento giuridico. Per cui, con una sintesi che, nella sua immediatezza, tende a ridurre la portata teorica della riflessione condotta dal filosofo tedesco, ma che comunque ne sottolinea il tratto più evidente, il diritto penale del nemico si fonda su una contrapposizione tra persona e non-persona, *id est* tra 'cittadino' e 'nemico', che giustifica il trattamento differenziato nei confronti di chi si è allontanato dal diritto.

Muovendo da questo presupposto, parte della dottrina penalistica ha colto nello straniero irregolare presente nel territorio dello Stato un possibile 'nemico', nei confronti del quale si è manifestata una certa attenzione del legislatore, che, soprattutto negli ultimi venti anni, si è tradotta nel sistema punitivo disegnato dal Testo Unico Immigrazione (c.d. T.U.I., adottato con d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286): il quale presenterebbe i segni di quella logica binaria di cui s'è detto, tipica, appunto, della 'teoria del nemico'⁷.

Seguendo questa linea di ragionamento, è possibile cogliere una sorta di parabola nel processo di criminalizzazione del migrante irregolare. Nel Testo unico sull'immigrazione del 1998, la fattispecie di reato riguardava solo l'ipotesi

6 L. Ferrajoli, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 4/2006.

7 L. Maserà, *Il diritto penale "dei nemici". La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2020, 804.

di reingresso irregolare da parte dello straniero che fosse stato precedentemente espulso (art. 13, T.U.I.); a partire dal 2000 la fattispecie criminosa è stata in un certo senso anticipata all'ipotesi in cui lo straniero non ottemperasse all'ordine di allontanamento impartito dal questore (art. 14, comma 5 ter, T.U.I., il quale nella sua originaria formulazione prevedeva la pena detentiva)⁸; si è giunti poi a prevedere la condizione di clandestinità dello straniero dapprima come circostanza aggravante (art. 61 comma 11 *bis* c.p.⁹) e poi come autonoma fattispecie di reato: in particolare, l'art. 10 bis del T.U.I. prevede un'ammenda per lo straniero irregolare che fa ingresso o si trattiene nel territorio dello stato¹⁰.

Il processo di inasprimento del trattamento punitivo a carico dello straniero irregolare ha subito, poi, una battuta d'arresto, probabilmente anche a seguito della nota decisione della Corte di giustizia UE del 2011, c.d. sentenza *El Dridi*, che ha affermato l'inapplicabilità dell'art. 14 co. 5 *ter* T.U.I., nella parte in cui prevedeva la pena detentiva come conseguenza dell'inottemperanza dell'ordine di rimpatrio. Secondo la Corte, la detenzione, comminata alla presenza irregolare nel territorio dello Stato e dunque al reato di clandestinità, deve essere considerata in contrasto con il principio dell'“effetto utile” nell'applicazione della cd. *direttiva rimpatri* (dir. 2008/115/CE), la quale, appunto, nel rispetto dell'autonomia dei singoli Stati membri in merito al trattamento dello straniero irregolare, mira ad assicurare il rimpatrio dei migranti. In altri termini, la Corte di giustizia, con formula quasi tautologica, osserva come la previsione di una pena detentiva, che implica il trattenimento in carcere degli

8 Sul punto, poiché il legislatore prevedeva la pena della detenzione per la fattispecie appena considerata, che tuttavia era qualificata come contravvenzione, per superare le censure della Corte costituzionale (C. cost 15 luglio 2004, n. 223) il legislatore ha disposto (d.l. 14.9.2004, n. 241, conv. in l. 12.11.2004, n. 271) la contestuale trasformazione della contravvenzione in delitto e la pena detentiva fino a un massimo di quattro anni.

9 Previsione, questa, prima aggiunta dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 125) e poi dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza 5-8 luglio 2010, n. 249.

10 Si tratta di una previsione introdotta con la l. 15 luglio 2009, n. 94.

stranieri irregolari, rischi di compromettere la realizzazione “degli obiettivi perseguiti dalla direttiva e da privare così quest’ultima del suo effetto utile”, che al contrario tende a garantirne il rientro, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità¹¹.

In risposta a tale pronuncia il legislatore è intervenuto (con la legge 2 agosto 2011, n. 129) mantenendo la qualificazione della fattispecie come delitto, ma prevedendo a carico dello straniero irregolare che non ottemperi all’ordine di rimpatrio non più la pena detentiva, ma la sola sanzione pecuniaria.

Emerge in tal modo la vera spinta motivazionale, che sta alla base delle misure introdotte nel T.U.I. per contrastare il fenomeno dell’immigrazione clandestina. Vale a dire quella di prevedere un impianto sanzionatorio dal valore prevalentemente simbolico, capace di rispondere alle istanze securitarie dell’opinione pubblica, ma senza un preciso effetto deterrente sui possibili autori delle fattispecie penalmente rilevanti, descritte nello stesso Testo unico: giacché i migranti clandestini, arrivando nel nostro territorio del tutto privi di risorse economiche, si trovano nell’impossibilità di sottomettersi al pagamento della pena pecuniaria. Ed è in tal senso che il diritto penale dell’immigrazione è stato qualificato come un esempio paradigmatico di “diritto penale simbolico”¹².

2. Gestione dei migranti, tutela della salute e l’orizzonte di un diritto amministrativo del ‘nemico’: alcuni esempi

Il valore simbolico della pena pecuniaria comminata al reato di immigrazione clandestina consente di mettere a fuoco un altro profilo legato alla gestione dei flussi migratori, che è quello della tutela della sicurezza pubblica.

Si delinea così un binomio assai ricorrente nel dibattito politico degli ultimi tempi e cioè quello sicurezza-immigrazione, nel quale, appunto, la materia

11 CGUE, C-61/11, punto n. 55.

12 L. Masera, *op. cit.*, 804.

della sicurezza pubblica incrocia la complessa e delicata funzione riconducibile alla gestione dei migranti. Qui il punto di osservazione non è più quello della repressione penale di determinate condotte, ma diviene quello della tutela di un dato interesse pubblico, riconducibile alla necessità di assicurare protezione ai beni e delle persone che fanno parte di una comunità e che si sentono minacciate da un pericolo più o meno concreto, il quale, nel binomio considerato, è individuabile nel migrante irregolare.

Senza addentrarsi oltre nella complessa struttura della funzione della sicurezza pubblica, su cui tuttavia si avrà modo di ritornare, è possibile formulare alcune esemplificazioni, per delineare meglio i contorni della questione.

La relazione tra immigrazione e sicurezza presenta da sempre una certa immediatezza, ma si consolida in una sorta di ‘connessione funzionale’ in quella sequenza di provvedimenti legislativi, che sin dagli inizi del nostro secolo hanno sempre preso il nome di “pacchetto sicurezza” (pur nella diversa conformazione dei governi che di volta in volta li hanno adottati) e che hanno introdotto una serie di disposizioni anche in materia di immigrazione (ritorna anche qui la legge 94 del 2009, che, come, visto ha introdotto il reato di immigrazione clandestina all’art. 10 bis T.U.I.). Sembra cioè che l’intenzione che ha mosso il legislatore sia quella di rappresentare, quasi plasticamente, come la risposta al bisogno di sicurezza da parte dell’opinione pubblica debba passare anche e soprattutto attraverso il controllo dei flussi migratori.

Negli ultimi anni, gli interventi legislativi sono stati molto significativi, sino ad arrivare al decreto legge n. 113, del 4 ottobre 2018 (poi convertito nella legge n. 132, del 1° dicembre 2018), che con l’abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari (successivamente reinserito, sia pure sotto altra veste)¹³ sembra segnare una sorta di torsione dell’ordinamento, laddove si comincia ad appuntare l’attenzione non più, o non solo, sul migrante irregolare, ma

13 Art. 1 comma 1, d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, che ha introdotto una serie di ipotesi speciali per il rilascio del permesso di soggiorno.

anche nei confronti del migrante che richiede protezione. Con la conseguenza che l'inasprimento dei presupposti per ottenere il permesso di soggiorno nel territorio dello stato rischia di innescare un potenziale corto circuito, poiché si trattiene il richiedente protezione in una sorta di cono d'ombra che più facilmente può consegnarlo ad ambienti malavitosi, con un effetto opposto all'intento di sicurezza apparentemente perseguito.

Rispetto alla tendenza così delineata, la misura che insinua un profilo di discriminazione tra i cittadini e quei soggetti che abbiano acquistato in un secondo momento la cittadinanza italiana è la revoca della cittadinanza, anch'essa introdotta con il decreto sicurezza del 2018 e che presenta non pochi dubbi di legittimità costituzionale.

Si tratta, infatti, di una specifica ipotesi di revoca della cittadinanza italiana riferita solo agli stranieri che l'abbiano acquisita nei casi ammessi dalla legge, laddove gli stessi siano puniti con sentenza definitiva per specifiche ipotesi di reato¹⁴. La denunciata discriminazione si coglie nel trattamento differenziato che la norma riserva a carico dello straniero che, acquisita la cittadinanza e ritenuto responsabile per alcune e specifiche ipotesi di reato, la perderebbe; mentre invece il cittadino italiano per nascita, commettendo gli stessi reati, manterrebbe lo *status* di cittadino. Con evidente rimando a quella logica *binaria* che deriva

14 L'art. 14, 1° comma lett d) del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. 1° dicembre 2018, n. 132, attraverso la formulazione di un nuovo art. 10-*bis* della l. 5 febbraio 1992, n. 91, ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità di disporre la revoca della cittadinanza italiana acquisita ai sensi degli articoli 4, 2° comma (relativo allo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età e che abbia dichiarato di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data), 5 (relativo al coniuge di un cittadino italiano che abbia soddisfatto le condizioni previste dal detto articolo) e 9 (relativo agli stranieri cui sia stata concessa, per diverse ragioni, la cittadinanza con decreto del Presidente della Repubblica) della medesima legge, in caso di «condanna definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4), del codice di procedura penale (delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale), nonché per i reati di cui agli articoli 270-*ter* e 270-*quinqüies* 2 (che riguardano il favoreggiamento nei reati di "Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico") del codice penale»; in questo caso, «la revoca della cittadinanza è adottata, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati di cui al primo periodo, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno».

dalla contrapposizione tra persona e non-persona, ovvero tra il cittadino e il 'nemico', prefigurata da Jakobs.

Sul tema della revoca della cittadinanza, la Corte di giustizia si è da tempo pronunciata, in particolare a partire dalla c.d. sentenza *Rottmann*, precisando che occorre tener conto delle possibili conseguenze che la revoca potrebbe comportare in capo all'interessato e ai suoi familiari sotto il profilo della perdita dei diritti di cui gode ogni cittadino dell'Unione; soprattutto, secondo la Corte, "è importante verificare, in particolare, se tale perdita sia giustificata in rapporto alla gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, al tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca, nonché alla possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine", per scongiurare il rischio che alla revoca della cittadinanza consegua la condizione di apolidia¹⁵. Il principio è stato richiamato anche dalla Corte EDU, la quale pur ammettendo che la misura della revoca non sia "radicalmente incompatibile con la Convenzione", precisa tuttavia che l'eventuale provvedimento non deve "costituire un'interferenza nel diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), in ragione delle conseguenze che producono sulla posizione dell'interessato, e violare la Convenzione", soprattutto se la revoca medesima si dovesse configurare come arbitraria¹⁶.

Proprio l'attenzione al principio di proporzionalità, richiamato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU, consente di evidenziare quel tratto di *simbolismo* di cui s'è detto a proposito del reato di immigrazione clandestina. La revoca della cittadinanza, infatti, potrebbe non produrre un "effetto utile", nella misura in cui non è previsto un automatico obbligo di allonta-

15 CGUE, C-135/08, punto n. 56; la questione è stata affrontata anche dalla nostra giurisprudenza nazionale: Cass. sez. I penale, 22 giugno 2021, n. 24407, che ha cassato con rinvio sentenza di condanna per inottemperanza dell'ordine di lasciare il territorio nazionale ex art. 14, co. 5 quater, TUI, dovendosi preventivamente verificare se l'imputato versi in una condizione di apolidia, che impedisce l'allontanamento.

16 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 22 dicembre 2020, ric. n. 43936/18, *Usmanov c. Russia*

namento del soggetto, all'esito dell'accertamento della responsabilità penale; e per altro verso non è consentita l'espulsione dello straniero che, per effetto della revoca, dovesse versare in condizione di apolidia¹⁷.

Emergerebbe dunque, anche in tal caso, una logica *binaria e simbolica*.

Un'altra ipotesi, forse ancora più preoccupante perché direttamente collegata all'esercizio del potere pubblico, può essere colta con riferimento alla necessità di coordinare la gestione dei migranti, a garanzia della sicurezza pubblica e nel contesto dell'emergenza sanitaria.

A questo riguardo, è possibile riportare il caso dell'ordinanza del Presidente della Regione siciliana, dell'agosto del 2020, sullo sgombero dell'*hotspot* di Pozzallo, in provincia di Ragusa, originata, con buona probabilità, dai frequenti episodi di fuga dei migranti, che si erano verificati nei mesi estivi e che avevano generato evidente preoccupazione e allarme nella comunità locale.

In risposta alle inquietudini e alle tensioni della popolazione del luogo, il provvedimento aveva disposto lo sgombero, entro le 48 ore successive, di tutti gli *hotspot* e i Centri di accoglienza del territorio siciliano, nonché il trasferimento e la ricollocazione dei migranti presso altre strutture, non individuate, al di fuori della regione, con ulteriore divieto di ingresso, transito e sosta di ogni migrante nello stesso territorio della regione. La motivazione del provvedimento sottolinea la necessità dell'ordine di sgombero, in considerazione del «sovrappollamento delle medesime strutture ben oltre i limiti di capienza per ospitare in sicurezza sanitaria i migranti», come dimostra il «crescente numero di soggetti infetti» presso gli stessi *hotspot*, all'interno dei quali non può essere garantita «l'assenza di promiscuità tra soggetti sani e contagiati». E tuttavia, alle necessità così rappresentate si aggiunge un'ulteriore considerazione, che tradisce un atteggiamento securitario assai diffuso nelle politiche che coniugano il binomio sicurezza-immigrazione. Si legge, infatti, nell'ordinanza, che all'interno dei Cen-

17 In particolare, è l'art. 31 della Convenzione di New York sullo *status* degli apolidi, del 1954, che sancisce la non espellibilità di un apolide, se non nei casi di documentata sussistenza di motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico (cfr. Cass. Sez. I, pen., n. 24407/2021, cit.).

tri di accoglienza sono del tutto assenti quelle misure idonee a “evitare il concreto rischio di fuga dei migranti contagiati” e, nell’intento di assicurare “l’incolumità e la salute di tutti i cittadini siciliani”, si ritiene di potere (e di dovere) adottare le misure contingibili e urgenti, idonee ad assicurare “l’ordine e la pubblica sicurezza quale immediato richiamo dello specifico potere di tutela della salute umana”. Ma pare evidente che lo sgombero degli *hotspot*, quale misura idonea a garantire la sicurezza pubblica, costituisca a sua volta “strumento” per la tutela della salute, non dei migranti (o, quantomeno, non tanto dei migranti), bensì dei cittadini siciliani.

Ancora una volta si manifesta una logica *binaria*, riconducibile al diverso modo di tutelare la salute dei cittadini e degli stranieri, e *simbolica*, che si manifesta in un dichiarato intento di sgomberare il Centro, per dare una risposta al bisogno di sicurezza manifestato da una certa parte dell’elettorato, senza però provvedere al luogo di destinazione degli ospiti dell’*hotspot*.

Ed è qui che si appunta l’interrogativo che dà il titolo a questo contributo: è possibile, a partire dagli esempi fatti, parlare di un ‘diritto amministrativo del nemico’?

È possibile cioè ipotizzare che la logica binaria, che caratterizza la teoria del diritto penale del nemico, si insinui tra le maglie dell’ordinamento e crei le condizioni per l’esercizio di un potere pubblico che ne esprima la portata simbolica e discriminatoria?

Innanzitutto, una premessa.

La teoria di Jakobs manifesta con buona probabilità un duplice punto di vista.

Da un lato, l’A. ne tratteggia i presupposti, argomentandone, a suo dire, la *ratio* e il fondamento; dall’altro, ne coglie i segni nell’ordinamento di diritto positivo, ad esempio con riguardo all’istituto della recidiva e delle misure di

prevenzione, giungendo persino ad ammonire il legislatore dai rischi di una commistione tra ‘cittadino’ e ‘nemico’¹⁸.

Qui invece la prospettiva è diversa: poiché, fuori da ogni considerazione circa la possibilità di fondare una teoria del ‘diritto amministrativo del nemico’, c’è semmai la preoccupazione di cogliere, nella manifestazione del potere pubblico e, soprattutto, nella legge che ne fonda l’esercizio, i segni, e dunque i rischi, di una logica del ‘nemico’.

A dire il vero, per rimanere agli esempi fatti, va anche sottolineato come il sistema abbia in un certo senso sviluppato i propri ‘anticorpi’.

In primo luogo, si è già osservato da più parti come le misure legislative adottate in tema di revoca della cittadinanza si collochino potenzialmente al di fuori della Costituzione, pur se ancora la questione non sia stata portata all’attenzione del giudice delle leggi; si aggiunga che, oltre alla già richiamata sentenza *Rottmann*, è possibile riprendere una più recente sentenza della Corte di giustizia, la quale, invero, non riguarda espressamente la normativa nazionale appena esaminata, ma contiene dei principi che possono avere una certa rilevanza nella materia considerata: nella sentenza c.d. *Tjebbes*, infatti, la Corte affida agli organi giurisdizionali il compito di verificare “se la perdita della cittadinanza dello Stato membro interessato, che comporta quella dello *status* di cittadino dell’Unione, rispetti il principio di proporzionalità con riferimento alle conseguenze che essa determina sulla situazione di ogni interessato”¹⁹.

Se si guarda, invece, alla vicenda dello sgombero dell’*hotspot* siciliano, l’evidente arretramento, se non la violazione, del principio di legalità ha con-

18 G. Jakobs, per il quale, da un lato, “integrare la pena imposta a una persona in Diritto, ad un cittadino, con la reazione nei confronti di un nemico può certamente apparire intollerabile”; e dall’altro lato, “se si mescolano il Diritto penale del cittadino e il Diritto penale del nemico, c’è il rischio che la mancanza di vincoli del Diritto penale del nemico si estenda anche al Diritto penale del cittadino”, 113.

19 CGUE, C-221/17, punto n. 48.

sentito al Tar Sicilia di pronunciarsi sull'ordinanza richiamata, sia pure in sede cautelare, sospendendone gli effetti²⁰.

Nondimeno, vale la pena di sollevare l'interrogativo, perché, se la suggestione rappresentata trovasse un riscontro, ci troveremmo di fronte a uno scenario assai preoccupante, anche in considerazione del ruolo che la legge assume in quel particolare territorio del diritto, che è il diritto amministrativo: perché qui la legge è fondamento del potere pubblico, in funzione della miglior cura dell'interesse pubblico e a garanzia dei diritti del singolo. E l'amministrazione è tenuta a compiere un delicato bilanciamento tra interessi pubblici e privati, tutti potenzialmente meritevoli di tutela, e tra esigenze altrettanto rilevanti, ma spesso contrastanti.

Così, se, a proposito della logica del 'nemico', Ferrajoli parla di "dissoluzione del diritto penale" poiché, in forza del principio di legalità, la legge deve punire l'azione e non il reo, applicando le stesse considerazioni alle categorie del diritto amministrativo, se ne potrebbe ricavare parimenti il rischio di una sua 'dissoluzione': anche per il diritto amministrativo, infatti, la forza del principio di legalità risiede nel fondare il corretto esercizio del potere, che si manifesta nel procedimento amministrativo ed funzionale alla cura dell'interesse pubblico, non in danno del destinatario del provvedimento, ma anzi a garanzia e tutela delle posizioni soggettive di tutti coloro che sono coinvolti dall'azione amministrativa.

3. Sicurezza pubblica, tra interesse e funzione, e teoria del 'nemico'

Sul punto può essere utile svolgere alcune considerazioni.

Anzitutto, l'esercizio dell'azione amministrativa implica inevitabilmente la necessità di trovare un necessario punto di equilibrio tra più interessi confliggenti, ma anche convergenti: implica cioè la necessità di operare quel doveroso

²⁰ Tar Palermo, decreto presidenziale 27 agosto 2020, n. 842. Dunque, si potrebbe dire con Kelsen che le 'istituzioni di controllo' della democrazia riescono a garantire la tenuta del sistema, H. Kelsen, *La democrazia*, trad. it. G. Gavazzi, Bologna, 1955, p. 115.

bilanciamento tra gli stessi interessi, di cui deve farsi carico l'amministrazione che è titolare del potere.

Dentro l'organizzazione amministrativa, il comportamento umano, osservava H. Simon, è sempre il frutto di una scelta, più o meno immediata e consapevole, tra più azioni possibili: in alcuni casi "il processo della scelta si realizza per riflesso", ma assai più frequentemente "la scelta è per se stessa il prodotto di una complessa serie di attività"²¹.

Traslando il significato di queste (apparentemente) semplici osservazioni, si può osservare come a volte il bilanciamento che l'amministrazione è tenuta a compiere risulta più naturale e immediato. Il caso potrebbe essere quello in cui l'amministrazione deve rilasciare un titolo edilizio: qui l'interesse del privato alla realizzazione di una attività edificatoria e l'interesse pubblico al regolare assetto del territorio possono trovare una sostanziale composizione già all'interno del quadro normativo di riferimento (tra cui anche il piano regolatore), in una sorta di "predeterminazione normativa" dell'attività amministrativa²², che consente poi all'amministrazione procedente di trovare più agevolmente il giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti, regolandone l'assetto.

Altre volte, tale operazione può diventare particolarmente complessa. Come nell'esempio richiamato, riguardante l'ordine di sgombero dell'*hotspot* siciliano, dove entrano in correlazione la tutela della salute e la sicurezza pubblica: in tal caso, emerge la necessità di una convergenza tra due funzioni amministrative e, dunque, del bilanciamento degli interessi rispettivamente tutelati. E poiché si tratta di interessi tra loro profondamente diversi, che presuppongono una più complessa e articolata valutazione comparativa, risulta evidente la possibilità, per non dire la certezza, del sacrificio di un interesse a vantaggio di un altro. Ed è per tali ragioni che emerge la necessità del procedimento come forma obbligata di esercizio del potere²³.

21 H. A. Simon, *Il comportamento amministrativo*, trad. it. S. Cimmino, Bologna, 1967, p. 46.

22 In argomento si veda F.G. Scoca, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir. agg.*, vol. VI, Milano, 2004, 75.

In estrema sintesi, l'amministrazione, nell'esercizio delle proprie funzioni (e dunque, negli esempi fatti, in materia di immigrazione e di tutela della salute), deve trovare il giusto punto di equilibrio tra le finalità che essa deve perseguire e, tra queste, si devono considerare anche le più generali esigenze di sicurezza pubblica: in tali ipotesi, non v'è dubbio che l'operazione da compiere, alla stregua delle osservazioni svolte, possa risultare particolarmente delicata e complessa.

Più in generale, la possibilità che la sicurezza sia assunta come uno degli interessi da valutare e bilanciare nello svolgimento di altre funzioni ne sottolinea l'accezione trasversale, tale per cui la sicurezza può condizionare l'esercizio di diverse funzioni, ovvero limitare il godimento delle libertà fondamentali. E si tratta di una nozione di 'sicurezza pubblica' che assume dei tratti diversi dalla sua qualificazione più nota, che è riferibile alla 'sicurezza' come una funzione dello Stato, preordinata alla cura "di quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile"²⁴.

La dottrina ha sottolineato questa duplice essenza della nozione in esame attraverso la doppia formula semantica, della 'sicurezza in senso stretto' e 'sicurezza in senso lato': con un rimando che, a sua volta, può essere colto nella du-

23 Osserva F.G. Scoca, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. Scoca, (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino 2021, che "la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa attraverso l'assoggettamento del concreto esercizio del potere alle norme, cogenti, di carattere generale e speciale, integrate da una serie di regole di azione e di giudizio elaborate dalla giurisprudenza, non solo ha assegnato rilevanza, rendendolo sindacabile, tutto l'esplicarsi dell'attività che porta al provvedimento considerato, ormai pacificamente, come atto finale; ma ha altresì reso predicabile la (valutazione di) legittimità anche per l'attività amministrativa globalmente o unitariamente intesa quale fattispecie giuridicamente rilevante", p. 316.

24 Corte cost. sent. n. 290 del 2001, che formula tale nozione allo scopo di evitare una "dilatazione" eccessiva della nozione di sicurezza pubblica che possa tradursi in una esclusiva competenza statale, vanificando "ogni ripartizione di compiti tra autorità statali di polizia e autonomie locali": sul complesso tema del riparto della potestà legislativa in tema di sicurezza pubblica e dunque sui compiti di polizia amministrativa regionale e locale, B. Caravita di Toritto, *Sicurezza e sicurezza nelle politiche regionali*, in *federalismi.it*, nonché G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010.

plice accezione di un concetto, che nel vocabolario inglese è espresso attraverso i due distinti termini di *security* e *safety*²⁵.

In altre parole, un conto è la sicurezza ‘in senso stretto’ (o *security*), o ancora ‘sicurezza in senso oggettivo’, espressione della massima forza autoritativa del potere pubblico, che tende ad assicurare l’integrità psico-fisica delle persone e dei loro beni. Diversa è la nozione di sicurezza ‘in senso lato’ (o *safety*), o ‘sicurezza in senso soggettivo’, rispetto alla quale assume rilevanza la generale e diffusa condizione di benessere di una comunità e che può essere assunta come limite al godimento di libertà fondamentali o, ancora, come un interesse da considerare nell’esercizio di altre funzioni²⁶.

Uno sguardo veloce alla Costituzione può offrire un supporto all’argomentazione svolta. Il riferimento alla sicurezza pubblica come funzione è contenuto in primo luogo nell’art. 13 Cost., laddove si fa riferimento alla possibilità che “l’autorità di pubblica sicurezza” possa adottare provvedimenti limitativi della libertà personale, di natura provvisoria, e soggetti alla duplice garanzia della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione; altrettanto si può dire con riguardo all’art. 117 Cost., comma 2, lett. *b*), secondo cui lo Stato ha potestà legislativa esclusiva in materia di “ordine pubblico e sicurezza”. Diversamente, l’art. 17 Cost. ammette la possibilità che la libertà di riunione in luogo pubblico, il cui esercizio è subordinato alla necessità di un “preavviso alle autorità”, possa subire una limitazione “per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica”; mentre l’art. 41 Cost., nel riconoscere la libertà di iniziativa economica, precisa che può essere esercitata senza recare danno “alla sicurezza”, oltre che “alla libertà e dignità umana”: per cui sono ammesse limitazioni legislative, con riferimento alla disciplina per il rilascio di provvedimenti di autorizzazione allo svolgimento di un’attività economica, finalizzate a consentire

25 In tal senso, B. Caravita di Toritto, *Sicurezza e sicurezze nelle politiche regionali*, cit.; la distinzione è ripresa da G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., in part. p. 107 ss. Sulla distinzione tra *security* e *safety*, R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, p. 2.

26 T.F. Giupponi, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010, p. 12.

un bilanciamento tra i diversi interessi pubblici coinvolti, tra cui anche quello della sicurezza²⁷.

Va detto che, in effetti, la medesima circostanza può essere colta anche con riferimento ad altre funzioni amministrative. Così ad esempio, anche la tutela della salute assume le caratteristiche della funzione amministrativa, che in tal caso è una tipica forma di espressione della c.d. amministrazione di prestazione, *id est* l'erogazione del servizio sanitario. Ma può fungere altresì da interesse che condiziona lo svolgimento di altre funzioni, come nel caso del procedimento finalizzato al rilascio di un provvedimento di autorizzazione per l'esercizio di attività industriali; ovvero come limite al godimento di libertà fondamentali: si pensi all'art. 16 Cost., dove proprio le ragioni della tutela della salute e della sicurezza sono unitariamente considerate, in una formula che limita la libertà di circolazione e soggiorno alle ipotesi stabilite dalla legge e riconducibili a "motivi di sanità o di sicurezza".

Ritornando adesso agli esempi prima riportati, riferibili, come detto, all'ampia nozione della 'sicurezza in senso lato', occorre esaminare le vicende in esame sotto la lente di un possibile 'diritto amministrativo del nemico': e ne viene fuori che il bilanciamento degli interessi può assumere delle connotazioni fuorvianti, con il rischio che la prospettiva cambi radicalmente. In altre parole, la misura della revoca della cittadinanza può essere disposta nei confronti di chi, divenuto cittadino, sia incorso in particolari reati ed è finalizzata ad assicurare la sicurezza dei cittadini, ma manifesta un evidente pregiudizio nei confronti di coloro che la subiscono, che potrebbero ritrovarsi in condizioni di apolidia; alla stessa maniera, lo sgombero dell'*hotspot* di Pozzallo è stato ordinato per garantire "la salute pubblica di tutti i cittadini siciliani", ma a discapito degli ospiti dello stesso *hotspot*, ai quali non è stata assegnata una sede diversa.

Ciò vuol dire che, se si sovraccarica di simbolismo l'interesse alla pubblica sicurezza, si rischia di piegare le medesime funzioni amministrative a logiche

²⁷ In argomento si veda ancora T.F. Giupponi, p. 61.

del tutto estranee alle finalità di pubblico interesse che esse perseguono e si potrebbero aprire spazi per forme di discriminazione, che condurrebbero alla 'dissoluzione' del diritto amministrativo nel caso in cui l'azione amministrativa, piuttosto che guardare all'interesse pubblico in generale, mirasse a garantire determinate posizioni di singoli cittadini, pregiudicandone altre.

E qui si appunta un'ulteriore considerazione.

La possibilità che l'esercizio del pubblico potere incida negativamente sulle situazioni soggettive dei destinatari dell'azione amministrativa rappresenta una eventualità quasi fisiologica, rispetto alla quale l'ordinamento appresta adeguati strumenti di tutela.

È evidente, cioè, che il provvedimento di espropriazione implichi un sacrificio per il proprietario, come altrettanto il diniego di un permesso di costruire. Si tratta però di atti funzionali alla cura di un interesse pubblico, che possono recare nocumento ai destinatari, ma che per ciò stesso sono assistiti dalla garanzia dei principi costituzionali che conformano l'azione amministrativa, tra cui il principio di legalità, che trova piena realizzazione nell'esercizio procedimentalizzato del potere, e il principio di giustiziabilità degli atti della pubblica autorità. Ciò significa che il potere è in funzione dell'interesse pubblico e il suo esercizio può compromettere o pregiudicare alcune situazioni soggettive.

Al contrario, la logica del 'nemico', applicata all'esercizio del potere pubblico, conduce a superare la valutazione di un interesse pubblico riferibile a un'intera comunità, per introdurre forme di distinzione, se non di discriminazione, che alterano e snaturano l'essenza del potere, piegandolo al perseguimento di fini particolari. L'approccio è rovesciato. Non c'è una valutazione sull'interesse che la funzione amministrativa deve perseguire, bilanciata con le esigenze di sicurezza. Ma l'azione amministrativa rischia di divenire funzionale a garantire 'il bisogno di sicurezza' dei singoli e di essere piegata al soddisfacimento di tale bisogno.

A questo punto, però, la riflessione non riguarda più solo le funzioni amministrative riconducibili alla 'sicurezza in senso lato', quali, appunto, la tutela della salute o la gestione dei migranti, dove la sicurezza pubblica assume i contorni di un interesse da bilanciare con altri. Ma più specificamente acquista rilevanza la stessa funzione di pubblica sicurezza e, dunque, la 'sicurezza in senso stretto': appare cioè necessario allargare lo sguardo e aprire il ragionamento a una riflessione sull'interesse che tale funzione tende a realizzare e sulle corrispondenti posizioni soggettive dei singoli, per valutare con più attenzione i rischi di una logica del 'nemico' applicata al diritto amministrativo.

In tal senso, viene in rilievo la funzione di pubblica sicurezza, tradizionalmente assegnata allo Stato, che come in parte anticipato risponde alla necessità di assicurare protezione alla persona e ai suoi beni, dai danni che possono essere cagionati da altri²⁸.

Una prima considerazione attiene al rapporto tra 'sicurezza pubblica' e 'ordine pubblico'.

Nell'ordinamento pre-costituzionale, l'art. 2 del T.U. di pubblica sicurezza del 1931 assegnava al Prefetto il potere di adottare "i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica", al ricorrere di presupposti piuttosto vaghi e incerti, quali i casi "di urgenza o per grave necessità pubblica"²⁹.

La Costituzione, al concetto di ordine pubblico, che probabilmente appariva troppo legato alla costruzione autoritaria dell'epoca fascista, ha preferito la nozione di 'sicurezza' o 'incolumità pubblica', rispetto alla quale l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale ne ha arricchito il significato. In particola-

28 Cfr. R. Ursi, *op. cit.*, che lega tale nozione al concetto di *security*; mentre il termine *safety* rimanda alla necessità di protezione da eventuali danni non desiderabili, prodotti da eventi o atti non intenzionali, e dunque abbraccia un'idea di sicurezza in senso lato, p. 2.

29 La norma, volutamente ampia, visto il tempo in cui è stata formulata, è stata oggetto di censura da parte della Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, che ne ha dichiarato l'illegittimità "nei limiti in cui essa attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico".

re, la Corte ha avuto occasione di chiarire che la “sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale”; e dunque la condizione di sicurezza, per il giudice delle leggi, rappresenta una legittima aspirazione verso l’“ordinato vivere civile”, “che é indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico”.

Si tratta di una definizione che recupera la radice etimologica del termine sicurezza (dal latino, *sine cura*, ossia *senza preoccupazione*³⁰) e a partire dalla quale la dottrina ha qualificato la sicurezza come uno “stato psicologico” della collettività, che trasferisce il proprio bisogno di sicurezza sulle persone e sui propri beni³¹.

Ed è probabilmente in questa accezione più propriamente soggettiva, che la sicurezza si contrappone alla nozione di “ordine pubblico”: nel senso che, quest’ultimo, depurato dalle incrostazioni simboliche e totalitarie del ventennio, può essere interpretato come un ‘ordine legale’, si potrebbe dire in senso oggettivo.

Anche in tal caso, si tratta di una lettura che trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale: l’ordine pubblico deve essere inteso come un “ordine legale su cui poggia la convivenza sociale”³², secondo una interpre-

30 Cfr. P. Ciarlo, *Sicurezza e Stato di diritto*, in V. Baldini (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, p. 23.

31 A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Riv. Aic.*, 1/2015. Così rappresentata, l’idea in fondo non si allontana troppo da quanto teorizzato da Hobbes, che coglieva nella ‘diffidenza’ una delle cause principali di contesa, che spinge l’uomo ad aggredire per acquistare maggiore ‘sicurezza’ per sé e i propri beni (e dunque poi ad accettare l’autorità dello Stato per sottrarsi allo stato di natura): T. Hobbes, *Leviatano*, trad. it. T. Magri, Roma, 1976, p. 72, per il quale le altre due condizioni sono la competizione e la gloria, che trascinano l’uomo in “quella condizione che è detta guerra; e che tale guerra è di tutti contro tutti”, p. 73.

32 Corte cost. sent. n. 100 del 1966; sul punto cfr. G. Corso, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, 1995, Aggiornamento 2011, che sottolinea la necessità di una dimensione materiale e concreta della nozione di ordine pubblico, che scaturisce dal bilanciamento di interessi, poiché “il bilanciamento comporta un giudizio concreto: un giudizio che investe l’adeguatezza e la proporzionalità della misura normativamente prevista come restrittiva della libertà civile rispetto all’interesse o al valore che si mira a tutelare”.

tazione che evoca quell' "ordine sociale" immaginato da Hauriou, per cui l'ordine non è da intendersi come comando, ma come organizzazione³³.

Sul piano del diritto positivo, un'esplicita definizione normativa della nozione di ordine pubblico si rinviene nell'art. 159 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, secondo cui l'ordine pubblico deve essere "inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale". Va infine ricordato che, nel disegno del legislatore costituzionale che nel 2001 ha riformulato il titolo V della nostra Costituzione, le due funzioni esprimono nuovamente una correlazione, laddove, come già osservato, la nuova versione dell'art. 117, comma 2, *lett. h*), assegna alla potestà legislativa dello Stato la competenza esclusiva in materia di "ordine pubblico e sicurezza".

In sintesi, al di là delle dibattute nozioni di sicurezza e ordine pubblico, le quali, probabilmente, non esprimono concetti differenti, ma sono "due facce della stessa medaglia"³⁴, ciò che rileva osservare è la necessaria funzionalizzazione delle attività ad esse riconducibili verso la realizzazione di un dato interesse pubblico. E soprattutto, e ancora di più, emerge la necessità della procedimentalizzazione della funzione di sicurezza pubblica in senso stretto, che consenta l'adeguato bilanciamento degli interessi coinvolti³⁵. Con la conseguenza che, anche ad accogliere una più esplicita qualificazione della funzione di pubblica sicurezza come rispondente alla necessità di soddisfare le istanze e i bisogni soggettivi di sicurezza di una data comunità, ciò non dovrebbe tradursi nel-

33 M. Hauriou, *La teoria dell'istituzione e della fondazione. (Saggio di vitalismo sociale)*, a cura di A. Salvatore, Macerata, 2019, secondo cui "tutto il segreto dell'ordine costituzionale sta nella creazione di istituzioni viventi. [...] Le istituzioni costituzionali limitano il potere, si bilanciano le une con le altre ed evolvono secondo i bisogni", p. 65.

34 A. Pace, il quale precisa appunto sicurezza e ordine pubblico sono i due lati della stessa medaglia perché: "nei regimi autoritari la sicurezza pubblica è la sicurezza "ipostatizzata" dello Stato-persona, negli ordinamenti democratici è la sicurezza "ipostatizzata" dello Stato-comunità. In altre parole, negli ordinamenti democratici (*rectius*, negli ordinamenti di democrazia liberale) la sicurezza pubblica in tanto esiste purché l'ordine materiale sia mantenuto".

35 Sulla rilevanza della procedura nell'esercizio della funzione di sicurezza pubblica, cfr. M. Bellavista, *Libertà vs sicurezza?*, in S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo, T. F. Giupponi, (a cura di), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana*, Milano, 2013, p. 15.

la possibilità di ammettere una sorta di ‘diritto’ alla sicurezza pubblica, che possa giustificare un intervento autoritativo dell’amministrazione³⁶.

E tuttavia, nel corso degli ultimi anni, proprio con riguardo alla funzione di pubblica sicurezza si è registrata una progressiva sequenza di interventi normativi, che ne ha dilatato i contorni, senza però adeguatamente considerare il fine di pubblico interesse concretamente perseguito: con l’evidente rischio di introdurre nuove ipotesi di esercizio del potere, le quali nel perseguire logiche particolari e mancando di una coerente funzionalizzazione alla cura di un dato interesse pubblico, rischiano di (o finiscono con) individuare nuovi ‘nemici’.

L’ipotesi, stavolta, può essere colta nella previsione del c.d. daspo urbano. Già l’art. 9 della legge 18 aprile 2017, n. 48, ha previsto un elenco di specifiche aree urbane rispetto alle quali, al fine di tutelarne il decoro, può essere disposto un provvedimento di allontanamento e il conseguente divieto di accesso, a carico di quei soggetti che realizzino determinate condotte (quali lo stato di ubriachezza, il compimento di atti contrari alla pubblica decenza, l’esercizio di commercio abusivo di spazi pubblici e l’attività di parcheggiatore abusivo). Il successivo d. l. n. 113 del 2018 ha ampliato l’elenco delle predette aree urbane, ammettendo che la misura dell’allontanamento possa essere disposta anche nei confronti degli autori delle richiamate condotte, laddove le stesse siano realizzate in prossimità di “presidi sanitari”.

La Corte costituzionale ha salvato la legittimità della disposizione in esame, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata che consenta al personale medico del presidio sanitario di assicurare l’accesso alla struttura sanitaria, senza che ciò escluda “la sanzionabilità, in via amministrativa, delle eventuali condotte che la persona, pur bisognosa di cure mediche, abbia posto

36 In tal senso, ancora A. Pace, *op. cit.*; nonché M. Bellavista, *op. cit.*; di diverso avviso, G. Cerri-Feroni, G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 33, i quali sostengono l’esistenza di un diritto alla sicurezza e, argomentando a partire dalle dichiarazioni dei diritti del Settecento, sino all’art. 5 della CEDU, che espressamente lo prevede, giungono ad affermare che “il diritto alla sicurezza non può non essere considerato un valore forte del costituzionalismo”, 33. Sulla questione si avrà modo di ritornare.

in essere in violazione delle disposizioni richiamate³⁷. Ciò non toglie che la scelta di limitare l'accesso alla struttura sanitaria nei confronti di chi potrebbe avere necessità di cure mediche, come ad esempio coloro che si trovino in stato di ubriachezza, implichi a sua volta l'idea che l'esigenza di preservare il decoro urbano e, allo stesso tempo, di assecondare il bisogno di sicurezza di una comunità possa prevalere sul diritto alla salute degli autori di condotte ritenute moleste, secondo un modello che evoca la contrapposizione più volte richiamata tra cittadino e 'nemico'.

4. Il 'nemico' nel diritto amministrativo

La disciplina in tema di 'daspo urbano' offre la possibilità di definire in modo più marcato il perimetro del ragionamento svolto.

Ancora una volta, il problema, o il rischio, di un 'diritto amministrativo del nemico' non riguarda più (o non riguarda solo) l'eventualità di una funzione amministrativa che debba essere bilanciata da esigenze di pubblica sicurezza, poiché tale eventualità, come s'è detto, è assai frequente nel quadro dei poteri e delle funzioni affidate alla pubblica amministrazione ed è, in un certo senso, ammessa dalla stessa Costituzione.

La questione, invece, assume un peso diverso di fronte alla progressiva espansione delle misure di pubblica sicurezza, che ne accentua il carattere simbolico, con il rischio però di smarrirne la *ratio* o, ipotesi forse peggiore, di deviarne la finalità. Viene, cioè, da chiedersi quanto sia coerente, rispetto al fine che una funzione di pubblica sicurezza deve assicurare, inibire (o immaginare di inibire) l'accesso a un presidio sanitario a una persona che può avere bisogno di cure mediche, perché si trova in stato di ubriachezza.

Detto diversamente, il pericolo evidente di un 'diritto amministrativo del nemico' è proprio questo: che le istanze securitarie che si agitano intorno alle esigenze di garanzia della sicurezza pubblica possano spingere il legislatore, e

37 Corte cost. 20 giugno 2019, n. 195.

quindi anche l'amministrazione, verso una diversa considerazione degli strumenti di cura dell'interesse pubblico da apprestare in ragione dei soggetti coinvolti, 'cittadini' o 'stranieri', 'amici' o 'nemici'. Nel senso che, il provvedimento può essere adottato, non perché maggiormente corrispondente all'interesse pubblico da realizzare e all'esito di una valutazione comparativa tra tutti gli interessi coinvolti; ma, al contrario, la misura può essere disposta nei confronti di un determinato soggetto, che abbia determinati requisiti (tra i quali, ad esempio, lo stato di ubriachezza), senza la necessità di una adeguata considerazione dell'interesse da realizzare e senza la necessità di un'adeguata valutazione in ordine alla proporzionalità tra il sacrificio imposto con la misura medesima (allontanamento e inibizione all'accesso in determinate aree) e il perseguimento dell'interesse pubblico (preservare il decoro urbano delle predette aree).

Ciò vuol dire che, nella prospettiva considerata, il 'nemico' può divenire chiunque, purché diverso da sé, in un significato che si allontana dall'idea del 'nemico' di Jakobs e abbraccia la visione schmittiana della distinzione amico/nemico, per cui:

“non v'è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto; egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico. Egli è semplicemente l'altro, lo straniero e basta alla sua essenza che egli sia esistenzialmente qualcosa d'altro e di straniero, ammettendosi la possibilità di conflitti che non possano venir decisi né attraverso un sistema di norme prestabilite, né mediante l'intervento di un terzo disimpegnato e perciò imparziale”⁵⁸.

In altri termini, per quanto si possa dissentire dalla 'teoria del diritto penale del nemico' e dalla conseguente logica del 'nemico', questi, per Jakobs, assume una connotazione precisa, in quanto si incarna in colui il quale si sia allontanato dal diritto, perché ha commesso specifiche ipotesi di reato, ovvero ha reiterato alcune condotte criminose, assumendo cioè un comportamento tale

38 C. Schmitt, *Il concetto di 'politico'*, in *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio - P. Schiera, Bologna, 1972, p. 109.

da non generare alcuna aspettativa o affidamento circa le sue azioni future, che lo terrebbero sempre 'lontano' dal diritto.

Diversamente il 'nemico' di Schmitt è semplicemente l'altro, l'estraneo: non colui che vive lontano dal diritto, ma più banalmente colui che non è parte di una comunità.

Il che manifesta una deriva assai preoccupante, nel senso che, da un lato, rispetto al diritto amministrativo, la nozione di 'nemico' ruota (o potrebbe ruotare) intorno al concetto di cittadinanza, secondo un modello che tuttavia presuppone un vizio di fondo: vale a dire l'idea della cittadinanza come presupposto per il godimento e la tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Per altro verso, come s'è visto nell'esempio sul c.d. daspo urbano, l'individuazione del 'nemico', del diverso, può prescindere anche dalla titolarità della cittadinanza e condurre verso un ulteriore ampliamento della stessa nozione di 'nemico', nella quale questi è tale non perché sia estraneo a una comunità, ma perché si colloca al di fuori dell'*idem sentire* di quella comunità, non condividendone i tratti o i comportamenti esteriori: come nel caso dell'ubriaco, che può essere colpito da una misura di allontanamento da determinate aree urbane perché il suo comportamento, nella misura in cui può alterare il decoro di quella specifica area cittadina, esprime un evidente stridore rispetto alle condotte comunemente accettate.

I due profili appena richiamati meritano una riflessione ulteriore.

Riguardo alla prima delle ipotesi di cui s'è detto, nella quale cioè il 'nemico' è lo straniero, ossia il non-cittadino, essa, come s'è avuto modo di osservare, presuppone che il godimento dei diritti fondamentali postuli la titolarità della cittadinanza.

Naturalmente, non si tratta qui di guardare al concetto di cittadinanza in senso sostanziale³⁹, che ci allontanerebbe dal punto di osservazione prescelto,

39 Sul concetto di cittadinanza in senso sostanziale, che in estrema sintesi si può dire che oscilla tra la dimensione aristotelica e dunque partecipativa (pur se elitaria) e la sua reinterpretazione in una logica più moderna (e per certi versi più individualista), cfr. D. Zolo, *Cittadinanza storia di*

dovendo invece rimanere ancorati a una prospettiva meramente formale, che guarda alla nozione giuridica di cittadinanza: ma in tal senso il problema, oggi, può dirsi superato.

Come osservato dalla dottrina, infatti, la stessa idea di un godimento dei diritti fondamentali subordinato alla titolarità della cittadinanza è figlia di un pensiero giuridico a sua volta legato a una precisa idea del rapporto tra società e Stato: quella per cui “il riconoscimento e la tutela dei propri diritti deve partire da una sorta di rigenerazione alla quale i medesimi diritti sottostanno transitando attraverso l'insieme sociale e quindi lo Stato”⁴⁰. Sul piano del diritto positivo, l'idea così rappresentata era stata in un primo momento ancorata allo stesso lessico usato dal costituente, laddove la prima parte della nostra Carta costituzionale è espressamente dedicata ai *Diritti e doveri dei cittadini*.

Già da tempo, tuttavia, questa lettura è stata superata dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale: in un primo momento si è provato ad ampliare il catalogo dei diritti (prescindendo cioè dall'essere o meno cittadino) attraverso una elencazione analitica delle disposizioni costituzionali e dei relativi arresti giurisprudenziali; ma l'argomento dirimente è stato poi colto nell'art. 2 Cost., che già a partire dagli anni Ottanta del secolo passato è stato interpretato come una “formula aperta”. Da qui la progressiva espansione dei diritti inviolabili, il cui contenuto e significato ha finito per sovrapporsi e coincidere con quello dei diritti fondamentali⁴¹. Altrettanto significativo è il contenuto dell'art. 14 della CEDU che, già a far data dagli anni Cinquanta, vieta ogni forma di discriminazione nel godimento dei diritti fondamentali basata sulla cittadinanza politica. La cittadinanza cioè non esprime più un presupposto segno di appartenenza ad una comunità, che giustifica il godimento dei diritti, ma, al contrario, segna il limite di intervento dello Stato nei confronti della persona⁴².

un concetto teorico-politico, in *Fil. Pol.*, 2000, 4.

40 G. Berti, *Cittadinanza, Cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, 3.

41 A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010.

42 G. Berti, p. 11.

Il problema, semmai, si potrebbe porre per lo più con riferimento ai diritti sociali, il cui godimento presuppone lo svolgimento di una attività di prestazione da parte dello Stato. Non a caso, al riguardo, si parla di cittadinanza 'sociale', che copre un ambito più esteso rispetto a quello che sarebbe il raggio di azione dei diritti politici, proprio perché guarda alla persona: in altri termini, "la cittadinanza tende a esprimere sempre più la riconoscibilità dell'identità personale attraverso la sfera dei diritti fondamentali", che trovano riconoscimento nella Costituzione⁴³. Così, alla fine degli anni Novanta, l'art. 2 del T.U. sull'immigrazione dispone che «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

All'interno della cornice così tratteggiata, ci si misura, da un lato, con l'evoluzione del pensiero giuridico, che accoglie una nozione ampia ed elastica di cittadinanza, dall'altro, e per conseguenza, con il dato di diritto positivo, che riconosce i diritti della persona, la cui titolarità prescinde dall'essere cittadino in senso formale: in una parola, non vi sarebbero più i presupposti teorici e giuridici che potrebbero consentire di ancorare la tutela dei diritti fondamentali alla condizione di cittadino.

Eppure, non si può fare a meno di sottolineare come l'evoluzione sommariamente descritta non abbia impedito il consolidarsi di una percezione dello straniero, e soprattutto dello straniero irregolare, del clandestino, come 'nemico'. Anzi, il processo di trasfigurazione è stato semplificato dal fatto che il migrante presenta dei tratti distintivi che lo connotano fisicamente ed è dunque immediatamente percepibile come 'altro'⁴⁴.

43 G. Berti, p. 12.

44 In evidente contrasto anche con la modernità del pensiero filosofico, che già con Kant giunge ad affermare che "ospitalità significa il diritto che uno straniero ha di non essere trattato come un *nemico* a causa del suo arrivo sulla terra di un altro", I. Kant, *Per la pace perpetua*, trad. it. R. Bordiga, Milano, 2013, 65, corsivo aggiunto. Il quale, naturalmente, sottolinea come "è lo spirito del commercio, che non può convivere con la guerra" e definisce "la potenza del dena-

Per altro verso, e qui il ragionamento abbraccia la seconda ipotesi prima considerata, la nozione di ‘nemico’ può dilatarsi ulteriormente e non riguardare più soltanto lo straniero: affiora cioè l’effetto strisciante della cultura del ‘nemico’ in senso schmittiano, vale a dire il rischio di un progressivo allargamento della stessa nozione di ‘nemico’.

In fondo, la possibilità di cominciare a cogliere nelle disposizioni di legge vigenti o nei provvedimenti amministrativi adottati le tracce di un ‘diritto amministrativo del nemico’ potrebbe anche essere il segno pericoloso di una più ampia tendenza espansiva della nozione del ‘nemico’ e della logica binaria ad esso sottesa. D’altra parte la misura dell’allontanamento da alcune aree urbane, pur se isolata, pare tuttavia confermare la preoccupazione espressa, in quanto si tratta di una misura riferibile a chiunque si trovi in stato di ubriachezza e sol perché si trovi in tale stato, al di là del paese di origine e dunque cittadino o no che sia.

5. Alcune considerazioni finali: la sicurezza come diritto?

Giunti al termine del ragionamento condotto è opportuno trarre alcune osservazioni, che in realtà non possono offrire soluzioni al problema rappresentato, ma sollevano a loro volta ulteriori dubbi e interrogativi.

Gli esempi che si sono presi in considerazione, sul piano della legislazione del diritto positivo (e dunque la disciplina in materia di revoca della cittadinanza e in materia di c.d. daspo urbano), rivelano un atteggiamento del legislatore, forse non ancora qualificabile come un orientamento univoco, che tende a fondare l’esercizio di un potere pubblico, funzionale alla cura di un interesse generale, e che tuttavia manifesta alcuni tratti di quella logica *binaria e simbolica* tipica della teoria del ‘nemico’.

ro” come la più sicura tra tutte le forze e i mezzi “subordinate al potere dello Stato”: in questa prospettiva “allora gli Stati (certo nient’affatto spinti dalla moralità) si vedono costretti a lavorare in favore della nobile pace”, 78.

Probabilmente siamo ancora lontani da una qualificazione di tali esempi come sintomo di una vera e propria tendenza legislativa, che autorizzerebbe l'amministrazione all'esercizio di un potere con evidenti segni di un trattamento discriminatorio e si collocherebbe pertanto al di fuori della cornice costituzionale: anche se già qualche anno fa Rodotà aveva posto l'attenzione su una legislazione che negli ultimi quindici anni è stata “fatta più per dividere che per unire, più per rifiutare che per accettare” e dove “l'«altro» è comparso ... sempre meno con i tratti del legame sociale e sempre più con l'immagine dell'inaccettabile diverso, del soggetto pericoloso, della persona da respingere”⁴⁵. E proprio per questo, non si può trascurare il fatto che, nel tempo in cui ci troviamo, la logica del ‘nemico’ si potrebbe alimentare anche della condizione di emergenza sanitaria, che dura già da due anni e si rivela idonea a fondare e giustificare interventi *extra ordinem* e per ciò stesso derogatori rispetto all'ordinamento vigente.

Il meccanismo è abbastanza standardizzato in una sorta di artificio retorico, che muove appunto da un contesto emergenziale, nel quale vi è una rappresentazione estremizzata di un pericolo, a sua volta soggettivizzato e personificato, per renderlo più facilmente riconoscibile dalla collettività e alimentare la paura, in modo da preconstituire la premessa che giustifichi l'intervento *extra ordinem* e dunque la deroga o quantomeno la forte compressione dei principi di garanzia. È sufficiente riprendere la vicenda richiamata in apertura, cioè quella dell'ordinanza di sgombero dell'*hotspot* di Pozzallo, per sottolineare come questi ingredienti ci siano tutti: c'è il contesto emergenziale, la pandemia; c'è la rappresentazione di un pericolo, il contagio; c'è la possibilità di personificare il pericolo, il migrante, che però, nel caso di specie, viene in considerazione quasi come un ‘untore’ manzoniano, non tanto (o non solo) come straniero. Ci sono cioè le premesse che giustificano l'intervento *extra ordinem*.

45 S. Rodotà, *Diritti e libertà nella storia d'Italia*, Donzelli editore, Roma, 2011, 150.

In tal senso, è forse superfluo sottolineare come l'emergenza pandemica abbia già esposto tutti noi a evidenti compressioni delle libertà personali, sia pure, almeno sino a ora, entro i limiti dello stato di diritto. Ma ha altresì amplificato le paure e le inquietudini, individuali e collettive, con evidenti istanze di sicurezza pubblica, esponendo a ulteriori fragilità i soggetti già vulnerabili. E ancora una volta e ancora di più, lo straniero migrante è, da un lato, un soggetto sicuramente vulnerabile, ma, per altro verso, egli percepito anche come un soggetto pericoloso.

Occorre poi considerare le crisi precedenti che hanno investito il paese, quali la minaccia del terrorismo internazionale o la crisi finanziaria, per rimanere agli ultimi vent'anni. In più occasioni e in più ambiti gli interventi legislativi si sono collocati sull'onda di un'emergenza di volta in volta differente, approntando soluzioni temporanee (si pensi alla soluzione di crisi ambientali, a quelle bancarie, passando attraverso il regime delle grandi opere⁴⁶), legate a una visione contingente, quasi per definizione priva stabilità e inadatta ad assicurare un assetto duraturo, ma che in un certo senso provavano a dare una risposta alle paure di volta in volta generate dalle crisi che si sono succedute negli anni. Al contempo, il clima di paura fatalmente accelera quel processo di identificazione del 'nemico' in chiunque (sia esso migrante, malato o semplicemente estraneo) possa minare quella precaria condizione di sicurezza nella quale ciascuno, legittimamente, tende a trovare sollievo.

In altre parole, se si prova ad allargare lo sguardo, e dalla situazione particolare nella quale ci troviamo si passa a una considerazione di carattere generale, che investe buona parte delle misure normative adottate negli ultimi anni e in settori diversificati, ci si avvede del fatto che la condizione di emergenza e di straordinarietà ha giustificato una pluralità di interventi e si è rinnovata nel cor-

46 Sul punto, L.R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021, p. 31, per il quale il tempo in cui viviamo è segnato da una profonda crisi della democrazia "sia in senso rappresentativo, sia come complessivo processo di partecipazione popolare", p. 15.

so del tempo. Sembra allora evidente che, pur non volendo cedere alla tentazione di qualificare la situazione attuale come minata da un potenziale regime di 'stato di eccezione', ci troviamo in un tempo di emergenza 'strutturale', nel quale cioè l'intervento straordinario assume i connotati della normalità.

Il che ci espone a una contraddizione.

Perché da un lato, ancora con più forza, si ritiene necessario affermare che, anche in un contesto emergenziale, il compito del legislatore prima e dell'amministrazione di conseguenza rimane quello tipico, e cioè individuare l'interesse da perseguire e gli strumenti da utilizzare per garantirne la miglior cura, a tutela delle posizioni soggettive dei singoli: evitando, in particolare e per quanto qui interessa, di piegare le politiche di sicurezza pubblica al tentativo di dare risposta ai bisogni individuali e collettivi di protezione, che sono il prodotto delle paure e delle ansie generate dalla pandemia, come da altri contesti emergenziali. Al tempo stesso, si manifesta evidente la fragilità e la precarietà del nostro stato di diritto, il cui equilibrio si regge sulla necessità che l'esercizio del potere pubblico trovi fondamento nella legge e negli atti aventi forza e valore di legge. Ma, le leggi (e gli atti equiparati) sono ormai troppo spesso il prodotto di una circostanza straordinaria, che genera incertezza e paura, e per questo si invoca l'intervento autoritativo del potere: alimentando così una misura di sicurezza pubblica che simbolicamente possa appagare i timori e le ansie della collettività.

Una sorta di "circolo vizioso della sicurezza", per dirla con Sofsky, al quale non si sottrae neppure la democrazia: giacché "l'ordine è indispensabile per contenere la violenza, però è anche vero il contrario, e cioè che la violenza è necessaria per conservare l'ordine"⁴⁷.

Le questioni che si aggregano intorno alle riflessioni proposte sono diverse ed è forse impossibile riuscire a prospettarle tutte e ad affrontarle con ordine, anche perché ognuna di esse rimanda a ulteriori divagazioni.

47 W. Sofsky, *Rischio e sicurezza*, trad. it. U. Gandini, Einaudi editore, Torino, 2005, 84.

Giova però sottolinearne almeno due, per provare a trarre le conclusioni del ragionamento svolto.

La prima è legata ancora una volta ai rischi di una teoria del 'nemico' nel diritto amministrativo, mentre la seconda è funzionale a scongiurare l'illusione di una sua facile soluzione.

Quanto ai rischi, s'è già detto come la teoria del 'nemico' incorpori una cultura della discriminazione che è estranea al principio di legalità e produce inevitabili contraddizioni nell'esercizio del pubblico potere. Qui occorre sottolineare come il meccanismo in precedenza rappresentato, *id est* la perenne produzione di una legislazione emergenziale, nella misura in cui invoca l'intervento autoritativo del potere per soddisfare il bisogno di protezione della collettività e allontanare la paura del 'nemico', produce un processo di personificazione del potere pubblico. È il potere esercitato da un organo politico-amministrativo, spesso monocratico, che si fonda su incerte disposizioni normative e gode di ampia discrezionalità, ma che tradisce la funzione stessa del principio di legalità e può anche minare l'accesso alla tutela giurisdizionale (anche in ragione della temporaneità della misura amministrativa adottata), con un possibile pregiudizio degli equilibri democratici⁴⁸.

La soluzione, però, e qui si appunta la seconda delle questioni su cui soffermare l'attenzione, non può tradursi nella possibilità di qualificare la sicurezza come 'diritto', nell'illusione che la funzionalizzazione del potere di pubblica sicurezza alla garanzia di un corrispondente diritto possa assicurare l'esercizio

48 L. R. Perfetti, il quale descrive il fenomeno come "un meccanismo molto potente" e sottolinea appunto il passaggio del regime di eccezione che "concentra il potere reale in un organo monocratico (che possa disporre dell'amministrazione esecutiva) a discapito delle garanzie e degli equilibri istituzionali e giurisdizionali", 122. In senso analogo, M. Bellavista, *Libertà vs sicurezza?*, cit., il quale osserva che nel nostro ordinamento "il diritto amministrativo del trattamento" ossia legato all'intervento autoritativo del soggetto agente, deve essere relegato a ipotesi marginali ed eccezionali; viceversa, il nostro ordinamento costituzionale oppone "alla soggettività del diritto amministrativo del trattamento" "l'oggettività del diritto amministrativo per procedure", p. 24.

del potere medesimo dentro il perimetro del principio di legalità e delle garanzie costituzionali dello stato di diritto.

Se, infatti, è vero che le torsioni e le contraddizioni che si è provato a raffigurare in merito allo svolgimento di alcune funzioni amministrative muovono verosimilmente dall'idea di dover assicurare protezione e sicurezza alle persone e ai loro beni, quasi nella prospettiva di dover garantire un 'diritto alla sicurezza', occorre tuttavia sottolineare come la qualificazione della sicurezza come 'diritto' non consente quella visione generale, che si fa carico della adeguata ponderazione degli altri interessi coinvolti nello svolgimento della funzione. Senza contare che la qualificazione di una data situazione soggettiva in termini di diritto postula necessariamente l'individuazione dei destinatari e delle garanzie, oltre che della relativa misura. "I diritti hanno necessariamente una dimensione istituzionale che non può essere scissa dal senso di giustizia espresso dalla società"⁴⁹: ma se così è non pare condivisibile il senso di giustizia che emerge da una società nella quale la sicurezza debba essere intesa come diritto.

In altre parole, l'esercizio dei poteri di 'sicurezza in senso stretto', come le attività connesse alla 'sicurezza in senso lato' non possono essere preordinate alla garanzia di un 'diritto' dei singoli, perché da qui potrebbe originarsi quel corto circuito che genera e alimenta la cultura del 'nemico': laddove, cioè, la misura di pubblica sicurezza dovesse rispondere a un bisogno di protezione, inteso come diritto, c'è il rischio che la stessa misura possa essere rivolta contro un potenziale 'nemico', che viene considerato come una minaccia per il godimento del diritto medesimo. Alimentando così quel "circolo vizioso", che dalla rappresentazione del pericolo (e dunque del 'nemico'), giunge a giustificare e invocare l'intervento emergenziale *extra ordinem*. Ciò non vuol dire che la sicurezza, o meglio il bisogno di sicurezza, non rilevi come uno "stato psicologico" della collettività e pertanto non debba essere presa in considerazione dall'ordinamento.

49 R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018

In una diversa prospettiva, che la dottrina non ha mancato di prendere in considerazione⁵⁰, non è necessario (o addirittura potrebbe essere dannoso) qualificare la sicurezza come un diritto: semmai, la condizione di sicurezza dovrebbe essere intesa come un presupposto necessario per l'effettivo godimento dei diritti, il cui fondamento può rinvenirsi nell'art. 2 Cost.⁵¹.

In tal modo, la garanzia dei diritti inviolabili, che richiede l'adempimento dei doveri inderogabili, postula la necessità di una generale e percepita condizione di sicurezza che consenta l'effettivo e pieno svolgimento della personalità umana all'interno delle formazioni sociali. E la funzione di pubblica sicurezza, come tutte le attività dell'amministrazione che (in quanto preordinate all'erogazione di servizi) consentono il godimento dei diritti fondamentali, deve essere preordinata alla garanzia di tale condizione, ovvero con essa bilanciata, alla stregua di tutti i diritti e gli interessi che possono essere coinvolti dall'azione dei pubblici poteri. In altri termini, la migliore garanzia nel godimento dei diritti non si traduce nella necessità di qualificare anche la sicurezza come diritto, ché anzi tale qualificazione potrebbe generare le contraddizioni della 'teoria del nemico'; bensì, nel bilanciamento doveroso che l'amministrazione deve compiere tra i diversi interessi coinvolti nell'esercizio del potere e che trova sede e accoglimento nella garanzia del procedimento⁵².

50 Tra cui anche G. Cerrina Feroni – G. Morbidelli, 32, i quali tuttavia ammettono anche la possibilità di configurare e fondare l'esistenza di un diritto alla sicurezza pubblica (cfr. retro, nota 35).

51 Per una attenta e originale ricostruzione dell'art. 2 Cost. M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2020, 543, anche per l'ampia bibliografia riportata.

52 Rivive l'intensità del pensiero di V. Crisafulli, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962: "la vera garanzia dei diritti non si esaurisce nel principio di legalità della pubblica amministrazione ..., ma richiede che per di più tra la legge e l'atto applicativo, tra la norma e il provvedimento, sussistano un margine, uno stacco, tali da consentire quei rimedi, in sede amministrativa e in sede giurisdizionale, che non sarebbero possibili nei confronti della legge ...", 135.