

Insicurezza marginale e diritto penale. Cenni introduttivi.

di **Giuseppe Losappio**

Sommario. 1. L'insicurezza "marginale" e paura dell'altro. – 2. Il trade-off meno paure più "rischio penale"

1. L'insicurezza "marginale" e paura dell'altro.

Più aumenta *in the fact* la sicurezza, perché cresce la capacità di riconoscere e difendersi dai rischi, più si acuisce l'intolleranza nei confronti dell'insicurezza marginale.

Il fenomeno appare complesso e sfaccettato. Secondo la psicologia del profondo – per esempio – è una declinazione in parte inedita della «paura della paura», il timore di poter rivivere una minaccia che ha minato la sicurezza, reale o simbolica, non solo della propria vita ma anche delle vite altrui; un sentimento che le dinamiche della comunicazione contemporanea amplificano a dismisura anche fino al punto di stravolgere del tutto la percezione delle minacce concrete e attuali confondendole con rappresentazioni a vario titolo distorte di insidie anche "aliene", del tutto estranee al vissuto (o persino al vivibile) personale¹. Prende corpo un'arborescente ramificazione di miraggi, rispecchiamenti e persino allucinazioni nella quale accade (anche) che le paure degli altri si tramutino in paura dell'altro.

La sociologia della devianza decodifica questi processi con la nozione di *dangerization* ovvero «la tendenza a percepire ed analizzare il mondo attraverso la categoria della minaccia» che «a volte determina la volontà spesso ossessiva di pervenire alla previsione delle future avversità attraverso percezioni pessimistiche e difensive»². È una dimensione dai contorni indefiniti che trascende l'idea ("buona", *politically correct*, tecnocratica) della

* Il testo riproduce con marginali modifiche l'introduzione agli Atti del Convegno "Popolazione migrante", 24 maggio 2019, a cura di G.Losappio, Edizioni DJGSE, Taranto, 2020 (open source <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemigiuridici-ed-economici/edizioni-digitali>)

¹ «Bei Erlebnissen dagegen begegnet man überall sich selbst» («Nei vissuti ... si incontra dappertutto se stessi»): B.C. Han, *Transparenzengesellschaft*, trad. it., Edizioni Nottetempo, Milano 2014, p. 63.

² M. Douglas – A. Wildavsky *Dangerization and the End of Deviance: the Institutional Environment*, in *The British Journal of Criminology*, 2000 (40), p. 261 (anche in *Criminology and Social Theory*, a cura di D. Garland – R. Spark, Oxford University Press, 2000). La traduzione citata nel testo è tratta dal *Documento introduttivo*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini – L. Stortoni, Bonomia University Press, Bologna 2013, p.7

«precauzione», di neutralizzare, contenere il rischio (del rischio) di megadanni³, anche se i meccanismi causali appaiono poco chiari e anche se non è nemmeno possibile sapere se (e soprattutto, quando) si verificherà il disastro⁴. Il terreno è comune, le radici forse si intrecciano, ma la pianta è diversa. Rende l'idea il citatissimo paradosso che ritrae gli uomini e le donne contemporanei liberi da ogni paura a parte «il cibo che mangiano, l'acqua che bevono, l'aria che respirano, la terra in cui abitano e l'energia che utilizzano»⁵. Potrebbe essere l'«ansia generica» diagnosticata da Bauman (che il potere può agevolmente indirizzare in una direzione piuttosto che nell'altra)⁶, ma, secondo altre letture, è qualcosa di più profondo e oscuro dell'incertezza, che «deriva dalla compresenza» delle «costruzioni sociali» del sapere e del non sapere⁷: il non sapere di non sapere. *Non* l'apprensione che suscita la conoscenza dell'ignoranza ma l'irritazione sociale che alimenta reazioni esorcistiche rette dall'ignoranza dell'ignoranza; non la paura dell'ignoto conosciuto ma la paura dell'ignoto che si ignora⁸. *Non* il non essere sicuri che deriva dal non sapere risolto *pro sanctione* (piuttosto che *pro libertate*) per governare una precomprensione ansiogena ma l'insicurezza dell'ignorante cui la sanzione penale si riferisce per cristallizzare,

³ C. Piergallini, *Attività produttive di decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, Atti del convegno del 20-21 marzo 2009, a cura di Donini M. – Pavarini M., Bonomia University Press, Bologna, 2011, p. 330.

Appare emblematica in tal senso l'osservazione di un astronauta (missione Apollo7) sul mutato atteggiamento della maggiore agenzia spaziale del globo: «Sono cambiate tante cose. Oggi la NASA rispecchia la nostra società. Non si vuole più avere rischi in tutto quello che si fa. Ma il rischio non lo si può eliminare, si può solo gestirlo. Non c'è mai sicurezza assoluta quando esplori l'ignoto. L'esploratore deve saper sfidare anche la morte. Oggi la [NASA](https://www.nasa.gov/) invece vuol portare il livello di sicurezza agli estremi e dunque i ritardi si accumulano sui ritardi. Quando Magellano partì per circumnavigare il mondo lo fece con 25 navi e 220 uomini. Al ritorno vi era una sola nave e 18 uomini. Tutti gli altri erano morti, compreso Magellano». L.Bignami, *Intervista a Walter Cunningham: SpaceX ha superato la Nasa ma Musk non riuscirà a portare l'uomo su Marte nel 2024*, in <https://it.businessinsider.com> (14 novembre 2017).

⁴ C.R. Sunstein, *Laws of fear. Beyond the Precautionary Principle* (2005), trad. it., Il Mulino, Bologna, 2010, p. 15. Appare emblematica in tal senso la vicenda giudiziaria che ha riguardato i componenti della commissione grandi rischi in occasione del c.d. terremoto dell'Aquila. *Ex multis* cfr. C.Valbonesi, *Scienza sismica e responsabilità penale: riflessioni sul rimprovero per colpa a margine del processo dell'Aquila*, in *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissione Grandi Rischi"*, a cura di A.Amato – A.Cerase – F.Galadini, FrancoAngeli, Milano, 2015, p. 265; Id., *Scienza e rischio fra prevedibilità dell'evento e predittibilità della decisione giudiziaria*, in *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, a cura di A.Amato – G.Floria, C.Valbonesi, Giappichelli, Torino, 2019, p. 61.

⁵ M. Douglas, A. Wildavsky, *Risk and Culture: An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, University of California Press, Berkeley 1982, p. 10.

⁶ Z. Bauman, *In search of politics*, trad. it., Feltrinelli, Milano, p. 26.

⁷ N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, trad. it., Bruno Mondadori, Milano 2005, p. 152.

⁸ People not only don't know what's happening to them, they don't even know that they don't know: N. Chomsky, *Keeping the Rabble in Line*, Interviews with D. Barsamian (16 dicembre 1992).

“convalidare” pre-giudizi e coagulare timori *aliunde*. Non una *external (criminal) law-legal culture*; piuttosto una *criminal law external to (every) culture*⁹, sentita (soprattutto) dai *poorly educated*, che il presidente degli Stati Uniti, Donald Trump, dichiarò di amare nel discorso pronunciato il 24 febbraio 2016 per celebrare la vittoria dei caucus in Nevada, durante le primarie repubblicane in vista delle elezioni del successivo mese di novembre. Una ignoranza “pura” “inconsapevole”, ingenua, quasi “nativa”, che, come spesso accade, subisce sfruttamenti tutt’altro che *naively*. Basti ricordare la testimonianza di Dietrich Bonhoeffer: «Sembra che si tratti di una legge sociopsicologica. La potenza dell’uno richiede la stupidità dell’altro»¹⁰. Forse è una rappresentazione persino ovvia o schematica che comprime, magari manipola, in alternative contrapposte una sequenza continua di posizioni liquide se non di mere, evanescenti e instabili percezioni, quasi mai coerenti e non sempre strutturate né antitetiche, che fluttuano un po’ ovunque nei mari della comunicazione nel tempo della “iperstoria”¹¹. È uno schema che non considera, per esempio, che la crisi ha condotto la paura alle porte delle élite e «quando le *élite* sperimentano un senso di insicurezza ... la forza di tali sensibilità rimane piuttosto limitata ... Paura e insicurezza sono solventi letali dentro ai quali anche raffinate sensibilità possono facilmente dissolversi»¹².

In ogni caso, sono “etichette” che esprimono linee di tendenza cui attinge a piene mani il legislatore e, per questo (ma non solo), non possono essere ignorate dalla letteratura giuridica (quella penalistica, in particolare), se non si vuole che il tema delle garanzie finisca per essere estromesso dalla «*juridiculture*», illudendosi anacronisticamente di poter ancora concepire la cultura quale «colonia dell’impero della legge», la vita «*in and by the law*»¹³. Oggi, all’opposto, i *life-world*, più o meno virtuali, procedono in ben altra direzione, come dimostra l’esempio del *bitcoin*, la moneta “regolata” da un software concepito per realizzare l’obiettivo di sottrarre questa “valuta” ad ogni controllo e disciplina “istituzionali”. Sarebbe un approccio

⁹ L.M. Friedman, *Is There a Modern Legal Culture?* in *Ratio Juris* 1994, p. 117;

¹⁰ D. Bonhoeffer, *Widerstand und Ergebung. Briefe und Aufzeichnungen aus der Haft*, trad. it., San Paolo, Cinisello Balsano 1988, p. 65.

¹¹ Cfr. R. Dworkin, *Law’s Empire*, The Belknap Press of Harvard University 1986.

Cfr. altresì P. Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, in *Hastings Law Journal* 1987 (38), p. 839; R. J. Coombe – J. Cohen, *The law and late modern culture: reflections on between facts and norms from the perspective of critical cultural legal studies*, in *Denver University Law Review* 1998 (76), p. 1034; A. Sarat – T. R. Kearns, *The Cultural Lives of Law*, in II.DD. (a cura di), *Law in the Domains of Culture*, University of Michigan Press, 2000, p. 10; N. Mezey, *Law as Culture*, in «*Yale Journal of Law*» 2001 (13), p. 48.

¹² D. Garland, *Penal Excess and Surplus Meaning. Public Torture Lynchings in Twentieth-Century*, trad. it, in *Criminalia* 2008, pp. 51-52.

¹³ L. Floridi, *The Fourth Revolution. How the Infosphere in Reshaping Human Reality*, Oxford University Press 2014.

intellettualistico, disincarnato, in bilico tra ingenuità e boria¹⁴, soprattutto, fuorviante perché non consentirebbe di comprendere le pulsioni che tendono ad affermare un diritto penale quale recettore, amplificatore ed esorcista delle paure che – come i fantasmi del film *Solaris* – sono generate senza sosta dall’oceano (per restare alla metafora cinematografica) irriducibile della paura marginale, non e-radicabile, della società dell’incertezza. Un obiettivo simbolico, e come tale disponibile ad ogni esito¹⁵, di per sé rischioso, per nulla neutro, anche in termini economici, sul piano della dislocazione dei costi sociali¹⁶, se non altro.

2. Il trade-off meno paure più “rischio penale”.

In questo processo, ad esempio, si assiste con frequenza ad una più o meno marcata flessione della sensibilità per le garanzie, soprattutto, quelle degli altri o meglio dei totalmente altri e viene favorito il *trade-off* a favore dei totalmente “noi”. Garanzie sociali e diritti di garanzie. Meno paure, più “rischio penale” e dunque più rischi per tutti, ma soprattutto i meno forti, la gran parte tra le file dei *poor educated* che più di tutti sostengono queste politiche-criminali (e ne subiscono le conseguenze dopo gli stranieri, extracomunitari, in particolare): non sono certo le politiche della permanente successione di emergenze ad avere riempito le carceri. Il sovraffollamento non è dovuto al crescente ingresso in carcere di mafiosi, terroristi e prevaricatori, ma la conseguenza della «costante e massiccia presenza di tossicodipendenti, extracomunitari e piccoli delinquenti di strada»¹⁷. Non è un esito sorprendente se tra le premesse dell’emergenza permanente hanno un ruolo non secondario le reazioni(/pulsioni) socio-politiche del non sapere di non sapere. *Condemn a little more, Understand a little less*.¹⁸ Si tratta, in ogni caso, di piante avvelenate che «mettono»¹⁹, hanno messo radici

¹⁴ M. Delmas Marty, *La prevue pénale*, tr. it., in *Ind. pen.* 1996, p. 610.

¹⁵ «... avevo imparato che le azioni simboliche oscillano come banderuole e, a seconda del vento, possono indicare tutti i punti cardinali»: R. Kügler, *Weiter leben: eine Jugend* (1992), trad. it., Einaudi, Torino 1995, p. 39.

¹⁶ C. Piergallini, *Attività produttive di decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, op loc. cit..

¹⁷ C. Fiore, *Introduzione*, in *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Atti del Convegno di Roma, 6 novembre 2009, ESI, Napoli, 2011, p. 38.

¹⁸ L’aforisma, dalle pieghe della giurisprudenza penal-minorile “britannica” (cfr. D. Haydon – P. Scraton, ‘*Condemn a Little More, Understand a Little Less*’: *The Political Context and Rights’ Implications of the Domestic and European Rulings in the Venables-Thompson Case*, in *Journal of law and society* 2000, XXVII (3), p. 416), pare che sia stato condotto alla ribalta della politica criminale da un *Prime Minister* dei *Tories*. Si tratta di J. Mayor che nel febbraio 1993 dichiarò: “*Society needs to condemn little more and understand less*” (Independent, 21 febbraio 1993). Nella letteratura giuridica italiana ne riferisce G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, t. 1°, Giuffrè, Milano, pp. 283-284.

¹⁹ L. Violante, *Democrazie senza memoria*, Einaudi, Torino 2017, p. 11.

nell'occidente (e non solo), dove divampa una "passione punitiva"²⁰, *noviter* ma non (del tutto) nuova²¹. Si pensi alla *section 412* del c.d. Patriot Act (approvato dal Senato USA poco dopo l'11 settembre 2001, con un solo voto contrario) che conferisce all'Attorney General il potere di "arrestare" ogni straniero sospettato di essere coinvolto in attività terroristiche ovvero "*any other activity that endangers the National security of the United States*"²². Come gli altri «atteggiamenti muscolari» il diritto penale ha la fallace virtù di apparire, *short term*, efficace, risolutivo. Gli insuccessi di medio termine sono giustificati sostenendo la necessità di misure ancora più rigide. Se si concepisce la sicurezza come bene pubblico, la sicurezza si «produce e governa ampliando gli spazi di agibilità dei diritti, cioè ampliando la cultura e l'assunzione di rischi»; viceversa la sicurezza come bene privato «fa correre più rischi per garantire di più l'esercizio dei diritti»²³. Si dimentica che il diritto penale è un'arma a doppio taglio, «è forza, e come ogni forza è a doppia

²⁰ D.Fassin, *Punir. Une passion contemporaine*, trad. it. a cura di L.Alunni, Feltrinelli, Milano, 2018. In Italia, tra i primi a citare l'opera V.Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in www.questionegiustizia.it (26 marzo 2019), nota 98; D.Pulitanò, *Tempeste sul diritto penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019 (3), p. 235.

²¹ Primi anni del '900, nello scompartimento di III classe di un treno che da Narbonne procede verso Nîmes, si discute delle strategie repressive da adottare per punire gli autori dei reati contro il patrimonio. Un «enorme minchione, che dall'alto della sua pancia sorride alle cose, alla gente e alla vita», secondo la vivida descrizione di A.Gide (*Souvenirs de Cour d'Assises*, trad. it. di G.Vigorelli, Sellerio, Palermo, 1994, pp. 112-119) ammonisce: «quella è gente, che, dopo un po', ricomincia subito da capo». Occorre una pena rimozionale (in tutti i sensi), altro che rieducazione e lavoro carcerario: la pena (ovviamente perpetua, date le premesse) dovrebbe consistere nel costringere i detenuti a «pompare acqua, giù in fondo a un canale; quando non pompano, l'acqua sale; così sono costretti a lavorare». Che orrore, esclama una passeggera ma un'altra lapidariamente conclude: «Meglio ammazzarli tutti». *L'umiltà del male* (6°ed., Laterza, Bari, 2011), secondo l'efficace etichetta di F.Cassano. R. Dahrendorf (*Economic opportunity, civil society, and political liberty*, trad. it., Laterza, Bari-Roma, 1995, p. 53), circa venticinque anni fa, racconta un episodio che esprime un mood analogo: «quando accadde che a Singapore un giovane americano (che aveva distrutto delle automobili) fu condannato alla fustigazione, in Occidente insieme alle vibrato proteste ci fu anche molta maligna soddisfazione privata. La pena della fustigazione, si disse nei bar di mezza Europa, andrebbe reintrodotta anche da noi; bisognerebbe dare più poteri alla polizia, rendere più dura la vita carceraria, ripristinare la pena di morte».

²² Cfr. per questo e altri riferimenti alla legislazione speciale adottata dopo l'11 settembre, da ultimo, A. Manna, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pacini Giuridica, Roma 2017, p. 76.

²³ M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezze nello spazio urbano*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 36. Cfr. altresì sul tema C.R. Sunstein, *Laws of fear. Beyond the Precautionary Principle*, cit., p. 10 («Quando ... ci fissiamo a tal punto su un dato rischio ... dimentichiamo di prestare attenzione ai rischi generati dalla precauzioni che adottiamo»). Cfr. sui vantaggi politici dell'assimilazione del tema della "sicurezza personale" a quello della "sicurezza pubblica": Z. Bauman, *Questioni sociali e repressione penale*, in *Periferie dell'impero. Poteri globali e controllo sociale*, a cura di S. Ciappi, DeriveApprodi, Roma 2003, pp. 161-175 (anche <http://www.ecn.org/fliarmonici/bauman.html>).



direzione e perciò anche un nemico potenziale di quella libertà che esso intende proteggere»²⁴.

Perseguire la prima forma di sicurezza con gli strumenti per realizzare la sicurezza del secondo tipo alimenta l'insicurezza individuale senza alcun vantaggio per la sicurezza intesa come bene pubblico: il diritto penale della paura²⁵ è un diritto penale che fa paura, non solo perché insidia le libertà fondamentali, ma anche perché abbassa la guardia rispetto alla tutela dei beni fondamentali: «Tagliare e restringere le libertà degli esclusi non aggiunge nulla alla libertà di chi è *libero*; al contrario, sottrae a molti altri la possibilità di sentirsi liberi e di godere delle proprie libertà. ... La libertà di chi è libero richiede, per così dire, la libertà di tutti»²⁶.

²⁴ U. Kindhäuser, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*, a cura di K. Lüderssen – C. Nestler-Tremel – E. Weigend, Peter Lang, Frankfurt am Main 1990, p. 37.

²⁵ Per questa locuzione cfr. ad es. L. Siracusa, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2013, p. 765.

²⁶ Così Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, II ed., Il Mulino, Bologna 2014, p. 19.