

Ombretta Di Giovine

Un punto di vista alternativo? Dal diritto *della* paura al diritto *alla* paura

### *Precisazioni preliminari*

In passato, oltre a sottolineare quanto il diritto positivo e quello giurisprudenziale siano “emotivi” – si tratta invero di un dato notorio e generalmente stigmatizzato nel dibattito tra esperti<sup>1</sup> –, abbiamo argomentato che lo sono anche quando credono di essere razionali (nel senso tradizionale del termine); che la razionalità (sempre nell’accezione comune) è non sempre realizzabile; che, quando lo è, ciò non necessariamente è una cosa positiva.

Anche con specifico riferimento alla paura, ci impegneremo a dimostrare che i suoi rapporti con il diritto penale sono più ambigui di quel che sembra. L’assai celebrata razionalità di scopo penalistica – sovente invocata come antidoto alla paura – è tanto irreprensibile in astratto quanto in concreto inafferrabile e si rivela, come tale, (almeno dal nostro punto di vista, insopportabilmente) cangiante, a seconda delle preferenze ideologiche di chi, di caso in caso, la difende. Non giungeremo peraltro a conclusioni definitive (che, d’altronde, difficilmente potrebbero essere tratte), ritenendoci già soddisfatti se riusciremo a mettere in luce alcune insidie della posizione dominante. Nello sviluppare il discorso, trarremo spunto dalla relazione di Roberto Cornelli, laddove abbozza l’idea di un possibile uso della paura in chiave emancipatoria, di riscatto, e svolgeremo suggestioni tratte da un libro scritto dallo stesso Cornelli a quattro mani con Adolfo Ceretti<sup>2</sup>, nella parte in cui gli autori revocano in dubbio la tesi, di vaga assonanza foucaultiana e affatto dominante in ambito penalistico<sup>3</sup>, che la domanda di sicurezza sia meramente indotta

<sup>1</sup> Una panoramica storica in E. Musumeci, *Emozioni, crimine e giustizia*, Milano, FrancoAngeli, 2015.

<sup>2</sup> A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, Feltrinelli, 2013.

<sup>3</sup> In ambito criminologico, vd. il recente R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un’indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell’insicurezza*, Milano, Giuffrè, 2018.

da «imprenditori morali» e che tutti siamo «vittime di un raggio ben orchestrato»<sup>4</sup>. A fini esemplificativi, ci soffermeremo sulle insidie di alcune recenti “ricette di buon governo” che, in nome di una razionalità tutta calibrata sulla dimensione cognitiva, mirano a contrastare le ritenute, perniciose distorsioni dell’emotività<sup>5</sup>.

## Parte I. *Diritto penale e imprenditori morali della paura*

### 1. *Da Hobbes al mero simbolismo penale*

Muoviamo dalle “certezze”, avvertendo che, nella rozza visione del giurista positivo, tali certezze rischiano di tradursi in truismi.

La prima ovvietà è che, a meno di negare cittadinanza penale alla prevenzione generale (ma questo non lo fa nemmeno la Corte costituzionale, che opta per una funzione polivalente della pena<sup>6</sup>), il diritto penale non può fare a meno della paura, con la quale vive un rapporto a doppio senso.

Dovrebbe sfruttare la paura che le persone hanno della sanzione allo scopo di esorcizzare la paura dell’imprevedibile. Generare paura per contenerla: per disinnescare, cioè, aggressività e violenza ed assicurare le condizioni per una convivenza sociale pacifica<sup>7</sup>. Sul piano astratto, ad onta delle sue molteplici trasfigurazioni, il diritto penale resta dunque la più hobbesiana tra le branche del diritto. Stante il celeberrimo patto con cui l’individuo cede al Leviatano diritti naturali in cambio di sicurezza, il diritto penale è ancor oggi titolato a candidarsi come braccio armato dello Stato<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Ceretti, Cornelli, *Oltre la paura* cit., p. 35.

<sup>5</sup> Già un noto filosofo, parlando di «euristica della paura», ne aveva evidenziato gli effetti benefici, sottolineando come la conoscenza del male ci riesca molto più semplice della conoscenza del bene e ci spinga a porci domande. H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung* (1979), tr. it. *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 1993, p. 35.

<sup>6</sup> Per tutte, C. Cost. sent. 12/1996.

<sup>7</sup> Per tutti, D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, pp. 547 ss.

<sup>8</sup> Plurime e diacroniche le varianti di questa idea: vanno da S. Kierkegaard (*Frygt og Bæven* [1843]; tr. it. *Timore e tremore*, Milano, Mondadori, 2016), che vedeva nella paura il prezzo da pagare alla libertà (libertà appunto amministrata dal diritto penale), a Luhmann che ha ravvisato nel diritto uno strumento utile a implementare la fiducia e quindi a ridurre la complessità, fattore primo di incertezza, insicurezza e quindi di paura nel mondo contemporaneo (N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969); tr. it., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, Giuffrè, 1995), alle attuali spiegazioni di psicologia sociale, secondo cui i collettivi sociali fungono da fattori di disinnescamento della paura, perché azionano la c.d. regola del pollice “non rompere le file”. G. Gigerenzer, *Gut Feelings: The Intelligence of the Uncconscious* (2007); tr. it., *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo*, Milano, Raffaello Cortina, 2009, pp. 177 ss. In tale ultima prospettiva, è inutile precisare che il diritto penale, abilissimo com’è a creare omologazione di gruppo, svolgerebbe una naturale – quasi omeopatica – funzione ansiolitica.

Se a questo livello di astrazione la paura non sembra rappresentare un elemento problematico per il diritto<sup>9</sup>, il penalista sa però che le cose nella realtà stanno in un modo molto diverso. Sa che il meccanismo si è da tempo inceppato, e che il diritto penale viene sempre più usato dai decisori politici per finalità altre, se non opposte, a quelle appena enunciate. Vi si ricorre per *alimentare* paura, e quindi diffidenza, in vista di biechi obiettivi elettorali<sup>10</sup>: sulla base del presupposto che oramai conti non più la realtà, ma ciò che di questa realtà viene percepito o si intenda far percepire.

Più a fondo, il legislatore penale sembra aver fatto della sicurezza un diritto fondamentale, come tale esigibile, e non più un mero obiettivo, come nel modello hobbesiano<sup>11</sup>. Promettendo «beni» sicurezza, ha piegato quindi spudoratamente il suo intervento a logiche di esclusione.

Ciò è potuto accadere perché le riforme penali sono “a costo 0” (da un punto di vista economico, ovviamente, essendo noto che possono essere onerosissime sul piano sociale e disfunzionali all’auto-tenuta del sistema) e perché, ridotto alla sua dimensione di mera repressione poliziesca, il diritto criminale si presta in modo affatto naturale ad interpretare esigenze meramente simbolico-espressive sul piano della comunicazione. Intercetta, e all’uopo amplifica, ansie e paure irrazionali, incanalandole nelle direzioni più funzionali agli scopi perseguiti dalla classe politica dominante (nel breve termine).

Si potrebbero citare numerosissimi esempi di normazione penalistica meramente simbolica o che interpreta, a spese del “reo” le aspettative giustizialiste della collettività, ma il caso più rappresentativo e attuale di deriva plebiscitaria è offerto dalle riforme legislative della legittima difesa<sup>12</sup>, che promettono falsamente a chi è aggredito, in atto o in potenza, una (per fortuna irrealizzabile) immunità non soltanto sostanziale ma anche processuale (lasciano falsamente intendere che un procedimento neppure comincerà), quando costui reagisca – o si vendichi privatamente – dell’aggressore.

D’altro canto, va anche precisato che seppur, per ipotesi, i nostri legislatori cominciassero ad usare “onestamente” il diritto penale, la promessa di

<sup>9</sup> Si rinvia ancora alle equilibrate riflessioni di Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale* cit.

<sup>10</sup> Per tutti, G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, «Criminalia», 2013, p. 97, il quale peraltro riconosce che il diritto penale è per forza di cose, in certa misura, intrinsecamente populistico (vd. pp. 102 ss.) e si sofferma piuttosto sulle derive giudiziarie (pp. 105 ss.); C.E. Paliero, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2016, pp. 1154 ss. Un ampio affresco storico è ora M. Donnini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, Mucchi, 2019.

<sup>11</sup> In tal senso, M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, «Cassazione Penale», 2008, pp. 3559 s., il quale, nello sviluppare il discorso dal punto di vista del cittadino, osserva: «Questi mutamenti [...] sembrano recare in sé l’idea che il diritto alla sicurezza sia come il diritto alla vita, alla libertà o alla proprietà: vale come una pretesa dell’individuo altrettanto che della collettività, ma ha come primo destinatario lo Stato» (p. 3560).

<sup>12</sup> L’ultima delle quali è stata approvata il 28 marzo 2019.

sicurezza da esso attuabile resterebbe – per dirla con Danilo Zolo – quanto meno “enfatica”<sup>13</sup>, in considerazione dei limiti oggettivi di questa branca del diritto: limiti che rappresentano il riflesso delle sacrosante garanzie ad esso consustanziali.

Insomma, la sicurezza promessa dal diritto penale sarebbe per definizione «scarnificata»; avrebbe una dimensione povera e “negativa”, la cui pochezza sarebbe esaltata nel confronto con quella, ricca e “positiva”, delle concezioni su *Welfare* e diritti sociali del secolo scorso, astrattamente interpretabili da altre branche del diritto. Il diritto penale non potrebbe cioè comunque mai risolvere i problemi strutturali da cui genera la paura, poiché tali problemi restano per massima parte legati a gravi situazioni di diseguaglianza sostanziale: lacune che il diritto penale può semmai aggravare, ma non ridurre, costretto – com’è, come dovrebbe essere – a presumere una cieca ed odiosa parità nelle condizioni individuali di partenza.

## 2. Cause e conseguenze della paura

Proseguendo nella rassegna dei punti fermi, e muovendoci a un livello di specificazione appena superiore, è possibile osservare che, sul piano della genesi, i due principali fattori che generano la paura sono indicati nel «diverso» e/o nell’«ignoto», e che questi fattori sono in parte reciprocamente riducibili (il diverso fa paura in quanto ignoto).

Entrambe le forme di paura cercano una risposta in chiave di “sicurezza”: termine che, nel gergo della politica e legislativo, ma prim’ancora comune, mostra un’ampia latitudine semantica. Per un verso, sembra legittimare un’anticipazione della sfera di intervento alla prevenzione del mero pericolo<sup>14</sup>; per altro verso, comprende «aree molto vaste dell’intervento penale: si parla, perciò, di sicurezza del lavoro, del prodotto, dei mercati, dell’ambiente, di sicurezza urbana, di sicurezza informatica, alimentare, e non solo di sicurezza pubblica o dello Stato»<sup>15</sup>.

Ciò premesso, la dottrina penale sembra essersi soffermata più sulla paura del diverso che su quella dell’ignoto. Forse perché quest’ultima paura si collega al capitolo dell’incertezza scientifica<sup>16</sup> e genera problematiche le quali,

<sup>13</sup> D. Zolo, *Sulla paura. Fragilità, aggressività, potere*, Milano, Feltrinelli, 2011, p. 62.

<sup>14</sup> Donini, *Sicurezza e diritto penale* cit., pp. 3558 ss. Nel capitolo della sicurezza sono fatti rientrare interventi legislativi (come quelli sulla “sicurezza urbana”) che invero precedono di molto la tutela dei beni finali. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale* cit., p. 553.

<sup>15</sup> Donini, *Sicurezza e diritto penale* cit., p. 3559.

<sup>16</sup> Fondamentali il, seppur ormai datato, C. Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1993 e, in Italia, C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 254. Vd. inoltre l’affresco di problematiche tracciato in C. Perini,

pur essendo tematizzate sempre sotto il lemma “sicurezza”, evocano discorsi almeno in apparenza asettici, avalutativi in quanto (ancora in apparenza) “tecnici”: come quelli relativi al nesso causale e alla precauzione, sulla quale torneremo nell’ultima parte di questo intervento.

Comunque, sia che riguardi il «diverso», sia che riguardi l’«ignoto», la paura è solitamente bollata come un’emozione irrazionale e quindi negativa (ciò, a tacer del fatto che il “sentimento” di sicurezza è considerato, al pari di ogni altro sentimento, troppo evanescente per poter assurgere a bene giuridico tutelabile dal diritto penale<sup>17</sup>).

Riconosciutone il fondamento in parte naturale, in genere si insiste sul fatto che essa è strumentalmente indotta, la diversità o il vuoto di conoscenza essendo creati ad arte da strutture di potere per generare o giustificare esclusione. Si pensi al «diverso»: negando in capo ad alcune persone o ad alcuni gruppi le caratteristiche dell’umanità, diviene agevole per la classe politica perseguire intenti strategici, e alimentare ad esempio la xenofobia, e così legittimare politiche restrittive in tema d’immigrazione o comunque gravemente lesive dei diritti umani.

Nelle scienze umane e sociali, la paura ha finora ricevuto recensioni prevalentemente negative anche in punto di effetti. Di solito, se ne trovano evidenziati i nessi con l’aggressività: la paura stimola reazioni aggressive e l’aggressività conduce alla guerra<sup>18</sup>; la paura è cattiva.

Non v’è chi non veda quanto un siffatto ragionamento si sposi con tutto il filone penalistico del diritto penale del nemico, teorizzato da Jakobs e spesso usato contro Jakobs per stigmatizzare l’uso dello strumento penale a fini persecutori<sup>19</sup>.

Il c.d. *trend* securitario<sup>20</sup> si muove dunque seguendo rigorosamente la linea dell’esclusione<sup>21</sup>, e senza lesinare varianti. Si parla di diritto penale de: il nemico-terrorista; il nemico-mafioso; il nemico-immigrato, cui si sono aggiunti il nemico-pedofilo e, più di recente, il nemico-corruttore (pensiamo ad alcune

*Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010. Sull’inadeguatezza dei modelli tradizionali di responsabilità individuale, F. Centonze, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>17</sup> Donini, *Sicurezza e diritto penale* cit., pp. 3567 ss. Per una posizione più articolata di quella tradizionale, si rinvia a F. Bacco, *Tra sentimenti ed uguale rispetto: problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2018.

<sup>18</sup> Zolo, *Sulla paura* cit., pp. 35 ss.

<sup>19</sup> Per tutti, G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 109 ss.; M. Donini, M. Papa, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>20</sup> La letteratura sul punto è amplissima. Tra gli altri, M. Donini, M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2011.

<sup>21</sup> ... laddove, per contro, la sicurezza, nella sua accezione liberale, dovrebbe essere sicurezza per tutti, Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 559.

disposizioni contenute nel Codice antimafia). Tutti questi “nemici”, e con ogni probabilità qualche altro che in questo momento ci sfugge, “godono” di uno statuto differenziato, ovviamente *in peius*. Dal momento che gli effetti odiosi della disciplina sono sopportati soltanto all’interno di “cerchie”, la discriminazione resta invisibile al resto della collettività, che anzi ne trae sollievo psicologico<sup>22</sup>.

Se vogliamo, l’effetto forse peggiore della paura è tuttavia quello più pervasivo e meno visibile. Istillata artificialmente nell’animo umano, la paura vi entra in circolo stabilmente: smette di avere una connotazione temporalmente circoscritta e/o di legarsi a specifiche situazioni di allerta; si deforma in «sentimento di insicurezza» per trasformarsi in un tratto diffuso, stabile della condizione umana contemporanea<sup>23</sup>. Distaccata da uno specifico oggetto e “atomizzata”, la paura (più propriamente dovrebbe parlarsi invero di angoscia o di ansia) cessa con ciò anche di essere dominabile, il che finisce in un certo senso per legittimare le istituzioni a concentrarsi direttamente sulla gestione della paura, piuttosto che cercare di risolvere problemi concreti, alimentando così un inquietante circolo vizioso. D’altro canto, secondo questa lettura, la paura smetterebbe di rappresentare anche solo occasione di coesione sociale, in quanto ormai individualizzata e come tale «privatizzata»<sup>24</sup>.

### 3. Strategie di contrasto alla paura

Correlativamente, un accordo di massima regna anche in punto di strategie attuabili per sconfiggere l’uso egemonico della paura.

La strada fin qui più percorsa consiste nel negare la diversità. Sul piano della narrazione, il giurista ha da tempo sperimentato l’enorme forza del principio di eguaglianza che, nel negare le differenze, annulla le condizioni ideologiche che legittimano la differenziazione degli statuti regolativi. Emblematico il dibattito sull’attualità dell’uso della parola “razza” nell’art. 3 della Costituzione, divampato a partire dalla dimostrazione, inoppugnabilmente maturata in ambito scientifico (della genetica), che le razze non esistono e che quindi il termine “razza” è rimasto vedovo di referente concettuale. L’impossibilità di ancorare al dato bruto la presunta diversità delegittima qualunque politica

<sup>22</sup> Alla fallace idea che per garantire sicurezza occorre ridurre le libertà e allo strumentale uso giuridico del paradosso per cui più aumenta la sicurezza, più ci si sente insicuri, è dedicato M. Barberis, *Non c’è sicurezza senza libertà*, Bologna, il Mulino, 2017.

<sup>23</sup> Per un’analisi delle specificità di quella forma attuale di “guerra” che è il terrorismo, si rinvia al tagliente D. Di Cesare, *Terrore e modernità*, Torino, Einaudi, 2017.

<sup>24</sup> F. Furedi, *Le regole impalpabili per diffondere la paura*, in Z. Bauman, *Il demone della paura*, Roma-Bari, Laterza, 2014, pp. 79 s., che ha stilato un elenco di “sette regole della paura” (quella riferita è la sesta) che trova una drammatica chiusura nella paura di noi stessi, e cioè dell’umanità.

discriminatoria e, in uno con la progressiva caduta delle frontiere geografiche, revoca in dubbio la plausibilità di strategie segregazioniste in materia di flussi immigratori<sup>25</sup>.

Forse meno battuta è la via, apparentemente opposta, che pone l'accento sulle irriducibili diversità tra individui. «Noi crediamo [...] che la sola essenza dell'uomo consista nel fatto che non esiste l'Uomo ma *gli uomini*, tutti diversi e irriducibili a tipi. Il solo universalismo di cui abbia senso parlare s'esprime così: "non vi sono generalizzazioni che si possano fare circa l'uomo come tale, tranne che è un animale molto vario"»<sup>26</sup>. E però, se siamo tutti diversi, nessuno è diverso. La diversità cessa di essere un tratto discriminante, divenendo un filo rosso, un massimo comune denominatore dell'umanità<sup>27</sup>. Lettura, questa, cui – azzardiamo – si potrebbe forse legare quella, più celebre, proposta da Martha Nussbaum<sup>28</sup>, che fa leva sulle "capacità" di aristotelica memoria. Come noto, alla logica formale dei diritti la pensatrice americana ha infatti concettualmente opposto quella, sostanziale, delle "capacità", come momento di differenza che però accomuna nel risultato del riscatto finale. La politica, quindi, dovrebbe non solo riconoscere diritti, ma aiutare gli individui a sviluppare le capacità necessarie a costruirsi una vita dignitosa<sup>29</sup>.

In realtà, sebbene astrattamente opposte, entrambe le soluzioni convergono verso la stessa nobile meta concettuale: ovviamente, affatto condivisibile, ma – va detto – difficile da raggiungere. Entrambe chiamano infatti ad un generico impegno economico e finanziario uno Stato che sappiamo in grave difficoltà, al punto da aver, nella migliore delle ipotesi, privatizzato e delegato le sue funzioni sociali, dandole in *outsourcing*<sup>30</sup>. Soprattutto, mantenendosi a un considerevole livello di astrazione, nulla dicono sul problema pratico, di come concretamente gestire ed eventualmente ri-orientare le paure delle

<sup>25</sup> In una prospettiva divulgativa, vd. G. Barbuiani, *Gli africani siamo noi. Alle origini dell'uomo*, Roma-Bari, Laterza, 2016, del genetista G. Barbuiani. Anche il Consiglio Direttivo dell'Istituto Italiano di Antropologia (ISItA) ha approvato all'unanimità un documento in cui dichiara il superamento del concetto di razza (23 ottobre 2014).

<sup>26</sup> R. Escobar, *Metamorfosi della paura*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 10.

<sup>27</sup> In una società che non può più essere pensata quale «matrice dei comportamenti personali e collettivi» e che va intesa come «luogo di incontri di conflitti e combinazioni tra azione strategica e identità» l'attore sociale «è nel contempo *diverso* da tutti gli altri e, in quanto Soggetto, a tutti *eguale*». A. Touraine, *Eguaglianza e diversità. I nuovi compiti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 81 s.

<sup>28</sup> ... e valorizzata anche da Ceretti, Cornelli, *Oltre la paura* cit., pp. 214 s.

<sup>29</sup> Vd. M.C. Nussbaum, *Frontiers of Justice* (2006); tr. it. *Le frontiere della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 93 ss., dove elenca dieci capacità come requisiti centrali di una vita dignitosa: attenti ai settori della vita, della salute fisica, dell'integrità fisica, dei sensi, immaginazione e pensiero, dei sentimenti, della ragion pratica, dell'appartenenza, delle altre specie, del gioco, del controllo del proprio ambiente.

<sup>30</sup> In fondo, postulare, con Nussbaum, il passaggio dalla dimensione astratta dei diritti a quella della capacità, è lo stesso che auspicare – per dirla con Bobbio – che si smetta di parlare di diritti e si cominci ad attuarli.

persone. Così facendo, tali strategie si espongono alla nota critica della c.d. “eccedenza retorica”, rischiando di alimentare, piuttosto che sedare, risentimenti e timori irrazionali, e di assecondare quindi la penosa deriva politico-istituzionale cui stiamo assistendo.

Nell'impossibilità di attuare politiche di vera integrazione (di fronte al collasso dello Stato sociale, forse nemmeno prospettabili), ci si dovrebbe allora chiedere con onestà se gli appelli accorati alla Ragione<sup>31</sup> siano sufficienti a superare paure (indotte o meno, ma) comunque reali, o se non abbiano piuttosto ragione gli psicologi sociali americani quando, riprendendo consolidate tesi antropologiche, insistono sul fatto che l'*homo*, evolutivamente predisposto alla cooperazione all'interno del gruppo di appartenenza, è invece destinato a rimanere *homini lupus* al di fuori di questo. Il richiamo alla “tribù” ricorre d'altronde con frequenza in quella letteratura ad indicare che l'inno all'egualianza funziona finché *ci si riconosce* come uguali, e come, per contro, la diffidenza verso chi non appartiene alla nostra cerchia di frequentazioni sia un fenomeno naturale, molto antico<sup>32</sup> e come tale difficilmente superabile attraverso la mera astratta proclamazione di nobili ideali.

Anche il giurista che tenga in non cale questo genere di argomento, oggi come oggi, deve poi misurarsi con fenomeni quali le *echo chambers* e con i relativi apparenti paradossi, amplificati (non creati) dalle nuove forme di comunicazione telematica: le quali, pur astrattamente idonee ad assicurare il pluralismo delle idee, finiscono col promuovere canali di comunicazione “dedicati”, e cioè con l'incentivare il “confronto” soltanto tra chi la pensa nello stesso modo, vale a dire tra persone che hanno le stesse preferenze, la stessa sensibilità, lo stesso *background* ecc. Il che favorisce radicalizzazioni e polarizzazioni di gruppo<sup>33</sup>, creando esclusione, piuttosto che inclusione.

Non sembra dunque un fuor d'opera provare a correggere il tiro imprimendo concretezza al discorso. E, per far questo, potrebbe essere utile fare un

<sup>31</sup> E all'affermazione – vera, ma che da sola rischia di risolversi in uno *slogan* – che è la paura dei barbari a renderci barbari. T. Todorov, *La peur des barbares* (2008); tr. it. *La paura dei barbari. Oltre lo scontro di civiltà*, Milano, Garzanti, 2009, p. 16.

<sup>32</sup> J. Greene, *Moral Tribes. Emotion, Reason, and the gap between us and them*, New York, Penguin Press, 2013; J. Haidt, *The Righteous Mind. Why Good People Are Divided by Politics and Religion* (2012); tr. it. *Menti Tribali. Perché le brave persone si dividono su politica e religione*, Roma, Codice, 2013. Secondo Michael Tomasello sarebbe stata la frammentazione in gruppi culturalmente definiti, indotta dalla pressione demografica, a spingere verso la formazione di sistemi morali. L'autore nota come l'appartenenza alla «comunità morale» sia essenziale ai fini della giustificazione della pratica discriminatoria: «la schiavitù non avrebbe potuto essere giustificata in alcun modo se gli schiavi fossero stati considerati membri della comunità morale». Così, M. Tomasello, *A Natural History of Human Morality* (2016); tr. it., *Storia naturale della morale umana*, Milano, Raffaello Cortina, 2016, p. 155.

<sup>33</sup> Sul paradosso del pluralismo, per tutti, C.R. Sunstein, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Oxford-Princeton, Princeton University Press, 2017; in Italia, G. Giacomini, *Potere digitale. Come internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, Meltemi, 2018, pp. 115 ss.



passo indietro, tornando sulla “natura” della paura: aspetto cui il dibattito giuridico ha prestato attenzione soltanto in via incidentale.

## Parte II. *La paura come emozione*

### 4. *Natura della paura*

Nella letteratura sociologica, filosofica e giuridica sulla paura, questa è appellata talvolta come un’emozione; talaltra, come sentimento, essenzialmente allo scopo di sottolineare – come ricordato – che si tratta di un elemento più pervasivo e destrutturante dell’emozione. Altre volte, i termini “emozione” e “sentimento” sono usati in modo fungibile; comunque, quando tracciata, la distinzione è ritenuta di massima<sup>34</sup>.

Nel dibattito criminologico ha inoltre avuto molta fortuna il riferimento al «panico morale»<sup>35</sup>, che si diffonde per «contagio emotivo»: espressioni che sottolineano la dimensione sociale della paura. Anche Ceretti e Cornelli parlano della paura come di una «*passione collettiva*, intesa come stato affettivo diffuso che si costruisce culturalmente in relazione a una certa idea di società, e come *apparato significante*, che orienta le mentalità e sensibilità e il modo in cui percepiamo ciò che sta intorno a noi»<sup>36</sup>, enfatizzando quindi i profili sovraindividuali della paura.

Non mancano tuttavia nemmeno autorevoli inviti a tenere adeguatamente conto altresì della «dimensione psicologica, emotiva, sentimentale, in una parola “umana”» della paura<sup>37</sup>, e questo è ciò che tenteremo di fare di seguito, anche in considerazione della fisionomia incomprimibilmente personalistica del diritto penale, che cioè ruota attorno al singolo e del singolo deve tener conto: premettendo che il problema non è la paura in sé e per sé, bensì la pau-

<sup>34</sup> L.F.H. Svendsen, *Frykt* (2007); tr. it. *Filosofia della paura. Come, quando e perché la sicurezza è diventata nemica della libertà*, Roma, Castelvecchi, p. 23.

Invero, il sentimento è talvolta definito come la disposizione a provare una certa emozione (o una certa combinazione di emozioni) oppure come il riconoscimento del fatto che si sta provando una certa emozione (J. Prinz, *The Emotional Construction of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2007). Tuttavia, secondo una diversa impostazione (cui va la nostra preferenza), si possono provare sentimenti pur senza esserne coscienti (A. Damasio, *The Feeling of What Happens. Body and Emotion in the Making of Consciousness* (1999); tr. it., *Emozione e coscienza*, Milano, Adelphi, pp. 52 s.): dal che la proposta di indicare come sentimento «l’esperienza mentale, privata, di un’emozione e di impiegare il termine “emozione” per designare la collezione di risposte, in parte osservabili pubblicamente» (Damasio, *Emozione e coscienza*, cit., p. 59), in quanto corporee, fisiche.

<sup>35</sup> S. Cohen, *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*, 4ª ed., Oxford, Routledge, 2011 (la prima edizione è del 1972).

<sup>36</sup> Ceretti, Cornelli, *Oltre la paura* cit., p. 43.

<sup>37</sup> Zolo, *Sulla paura* cit., p. 66.

ra *infondata*. E anticipando che un problema ancora più grande consiste nel capire quali paure siano infondate e come contrastarle.

### 5. *La paura nelle scienze cognitive e i mismatches dell'evoluzione*

Se non altro al limitato scopo di chiarire i termini della questione, può essere allora utile volgere lo sguardo a domini conoscitivi che “di paura se ne intendono”, perché la indagano, appunto, nella sua dimensione più umana, che è quella biologica.

Nella prospettiva delle scienze cognitive, ritenuta (ingiustamente, a nostro avviso) riduttiva dalla gran parte dei giuristi, la paura è innanzitutto studiata (soltanto) come un'emozione, peraltro primaria: dunque come qualcosa di “reale” (non solo fenomeno culturale, mera costruzione sociale)<sup>38</sup>.

In secondo luogo, essa non è né positiva né negativa; né buona né cattiva. Se proprio volessimo aggettivarla, salvo quanto preciseremo immediatamente di seguito, si sarebbe detta «necessaria» e pertanto «intelligente», ma in un senso rigorosamente evoluzionistico: poiché ha consentito la sopravvivenza degli individui, fungendo da marcatore somatico, e cioè veicolando quelle reazioni fisiche, in termini di conduttanza cutanea, che consentono all'individuo di prendere decisioni veloci (intuitive) in situazioni complesse che, diversamente, chiamerebbero all'impegnativa e forse irrealizzabile ponderazione di un numero elevatissimo di variabili<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Sul punto, accanto ai celebri ma divulgativi P. Ekman, W.V. Friesen, *Unmasking the Face. A guide to recognizing emotions from facial expressions* (2003); tr. it. *Giù la maschera. Come riconoscere le emozioni dall'espressione del viso*, Firenze, Giunti, 2007 (specificamente sulla paura, pp. 71 ss.), vd J. Panksepp, L. Biven, *The Archaeology of Mind* (2012); tr. it. *Archeologia della mente*, Milano, Raffaello Cortina, 2014 (sulla paura, pp. 191 ss.). Incidentalmente, uno degli equivoci che più incidono sulla cattiva reputazione delle neuroscienze deriva dal fatto che studiosi, anche raffinati, delle materie umanistiche concentrano (forse, inevitabilmente) la loro attenzione su trattazioni dal taglio divulgativo, in cui il dato si confonde più facilmente con la sua interpretazione. Così capita che sia spesso lamentato l'indebito passaggio dal concreto ad affermazioni di principio. J. Plamper, *Geschichte und Gefühl. Grundlagen der Emotions-geschichte* (2012); tr. it. *Storia delle emozioni*, Bologna, il Mulino, 2018, *passim*.

<sup>39</sup> Un *cult*, seppur datato, è J. LeDoux, *The Emotional Brain. The Mysterious Underpinnings of Emotional Life* (1996); tr. it. *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni*, Milano, Baldini&Castoldi, 1998, cui hanno fatto seguito J. LeDoux, *Synaptic Self: How Our Brains Become What We Are* (2002); tr. it. *Il sé sinaptico: come il nostro cervello ci fa diventare quello che siamo*, Milano, Raffaello Cortina, 2002, e J. LeDoux, *Anxious. Using the Brain to Understand and Treat Fear and Anxiety* (2015); tr. it. *Ansia. Come il cervello ci aiuta a capirla*, Milano, Raffaello Cortina, 2016, in cui l'autore, proponendo alcune “correzioni” al suo pensiero, riserva l'uso della parola “emozioni”, ai *sentimenti consci* (laddove l'amigdala è preposta alla risposta inconscia alle minacce). Dinanzi a un pericolo, la paura produce una reazione automatica ed inconscia di *freezing* (congelamento) che, dal punto di vista funzionale, è probabilmente la risposta migliore che si possa avere davanti a un predatore. Reazione innata ma che si specializza mediante l'esperienza (LeDoux, *Il Sé sinaptico* cit., pp. 9 ss.) e alla cui produzione contribuisce in misura non indifferente il contesto (ambientale, temporale ecc.). Tuttavia, nulla esclude che la paura “funzioni all'inverso”, impedendo quel controllo sulle azioni che, al contrario, in alcuni

Mentre scriviamo, non riusciamo a fugare l'immagine di "nasi giuridici" che si arricciano al solo sentir nominare le scienze cognitive. Proviamo allora a rassicurare i costruttivisti, precisando che gli studiosi di tali discipline non hanno mai pensato di risolvere il problema, impostandolo nei banali termini di «tutto è bene quel che è frutto dell'evoluzione». Al contrario.

Per rivelarsi "intelligente" nella prospettiva del breve termine, la paura deve essere fondata, e molti studi scientifici lasciano supporre che da un punto di vista "naturalistico" saremo sempre più preda di paure infondate o che – con parole diverse – le nostre paure si riveleranno sempre meno intelligenti col passare del tempo.

Sempre dalla letteratura di segno evolucionista apprendiamo infatti il concetto di *mismatch*, vale a dire, di disallineamento evolutivo.

Si guarda con fastidio a chi ricorda ciò che tutti sappiamo, e cioè che nutriamo un'ingiustificata paura di pericoli statisticamente inconsistenti (rettili, topi ecc.) o che proviamo disgusto in situazioni tutto sommato innocue. Tuttavia dovrebbe interessare, perché utile, l'avvertimento che, al contrario, non sentiamo affatto (in senso fisico) i ben maggiori rischi derivanti dall'inquinamento atmosferico, dal surriscaldamento globale o anche solo dall'esposizione della nostra pelle ai raggi solari, visto che questa indifferenza ci porta a sottovalutarli in modo sistematico. L'evoluzione culturale è incomparabilmente più veloce di quella biologica e ciò fa sì che permangano paure ancestrali infondate, ma che analogo *arousal* non scatti di fronte a rischi meno visibili perché di origine più recente<sup>40</sup>.

È appunto il crescente disallineamento tra evoluzione biologica e culturale che – come accennato – rende la paura un'emozione particolarmente fallibile.

A rigore, si dovrebbe desumere che, rispetto al passato, oggi e sempre più in futuro la paura porterà a compiere errori di valutazione, il citato disallineamento essendo destinato ad aumentare, piuttosto che a diminuire.

Come fare, allora, a ricondurre la paura nei binari della "razionalità"?

Nella terza parte di questo intervento, ci soffermeremo su una strategia che si va prepotentemente affermando grazie alla sua linearità e alla sua con-

casi permetterebbe di evitare il pericolo, senza cioè che possa dirsi che la reazione cablata nel nostro organismo sia sempre quella funzionale alla sopravvivenza dell'individuo. Dal punto di vista organico, sono acclarati il ruolo dell'amigdala e dell'ippocampo nella produzione della paura (LeDoux, *Il Sé sinaptico*, cit., pp. 289 ss.), nonché la loro connessione con alcune aree della corteccia prefrontale, la cui attivazione rende più difficile l'espressione della paura. Da tali nessi sono tratte interessanti evidenze a sostegno dei legami tra paura, ansia e facoltà cognitive. LeDoux, *Il Sé sinaptico*, cit., pp. 301 s. Di recente, vd. anche, E.R. Kandel, *The Disordered Mind. What Unusual Brains Tell Us About Ourselves* (2018); tr. it. *La mente alterata. Cosa dicono di noi le anomalie del cervello*, Milano, Raffaello Cortina, 2018, pp. 212 ss.

<sup>40</sup> Né resistiamo alla tentazione di richiamare la tesi di A. Damasio, *The Strange Order of Things. Life, Feeling, and the Making of Cultures* (2018); tr. it. *Lo strano ordine delle cose*, Milano, Adelphi, 2018, che ha tentato di dimostrare l'origine biologica della cultura.

seguente efficacia persuasiva: avvertendo sin d'ora che tale strategia tende a spacciarsi per una versione aggiornata e *folk* (come tale, fruibile al largo pubblico) degli appelli al “buon governo” che da sempre percorrono il discorso giuridico e la sua lotta alle emozioni quali (ritenuti) fattori di distorsione della razionalità.

All'interno delle “paure” di rilevanza penalistica, per testare i concetti, ci concentreremo prevalentemente su quella dell'ignoto, *sub specie* di incertezza scientifica: un po' perché più in sintonia con i nostri interessi scientifici; un po' perché pensiamo che su tale paura si addensino le nubi più fosche.

### Parte III. *Analisi razionale del rischio e Nudges?*

#### 6. *Euristiche, biases ed emozioni*

Questo il punto di partenza. Della paura si potrebbe, più facilmente che delle altre emozioni, predicare la fondatezza/infondatezza (non così, ad esempio, per la simpatia/empatia, la cui razionalità si rivela, secondo alcuni, solo in una prospettiva temporale di medio/lungo termine e, dal punto di vista geografico, in chiave di cooperazione all'interno del gruppo di appartenenza<sup>41</sup>).

Ciò sarebbe possibile fare passando dalla fallibilità del “percepito” alla concretezza del “reale”: per il tramite del ragionamento logico-consequenzialista.

Ecco allora che diviene essenziale “imparare a pensare”. E di tale fondamentale obiettivo sembra volersi far carico la psicologia cognitiva.

Risalgono a metà degli anni Settanta del secolo scorso gli scritti – allora pionieristici, oggi forse abusati – di Kahneman e Tversky secondo cui, imparando appunto a “ragionare”, diverrebbe possibile prendere le decisioni giuste, e cioè contrastare le distorsioni sistematiche della conoscenza (*biases*) che nascono dalle euristiche (disponibilità, rappresentatività, ancoraggio ecc.), e cioè da sistemi di ragionamento intuitivi e quindi inconsapevoli, imprecisi e molto fallibili, ma molto più veloci ed economici dei pigri e dispendiosi sistemi di ragionamento razionali<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Greene, *Moral Tribes* cit.

<sup>42</sup> Kahneman ha affinato e/o compendiato queste ricerche, ipotizzando l'esistenza di due sistemi: il sistema 1 (razionale) e quello 2 (intuitivo), in un fortunatissimo libro intitolato: D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (2011); tr. it. *Pensieri lenti e pensieri veloci*, Milano, Mondadori, 2012. Tra gli altri testi con gran successo di pubblico, vd. N.N. Taleb, *The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable* (2007); tr. it. *Il Cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, Milano, il Saggiatore, 2009; N.N. Taleb, *On Robustness and Fragility, Deeper Philosophical and Empirical Reflections*, Milano, il Saggiatore, 2010; G. Gigerenzer, *Risk Savvy. How to make good decisions* (2014); tr. it. *Imparare a rischiare. Come prendere decisioni giuste*, Milano, Raffaello Cortina, 2015. Gli insegnamenti della psicologia cognitiva sono prepotentemente penetrati nell'economia (Kahneman è stato insignito del

In questa sede vorremmo tuttavia concentrarci, piuttosto che sui vantaggi, invero indiscutibili, di tali strategie cognitive, sui loro limiti. A tal fine, useremo come banco di prova le tesi del molto celebre costituzionalista americano Cass Sunstein, il quale sta appunto ricorrendo a tali strategie nel diritto, ponendole a fondamento di una linea di pensiero che lo stesso autore definisce paternalismo libertario, allo scopo di rivendicarne la matrice comunque liberale<sup>43</sup>.

### 7. Dal diritto della paura...

Premesso incidentalmente che Sunstein ha sviluppato le sue posizioni in vari momenti e in numerose sedi e che è stato anche chiamato ad applicarle operativamente a livello governativo<sup>44</sup>, qui prenderemo a riferimento un libro giustamente celebre, dal pertinente titolo “*Il diritto della paura*” (*Laws of fear*)<sup>45</sup>, in cui l’autore si avvale dei rudimenti della psicologia cognitiva allo specifico scopo di combattere la precauzione, e cioè il c.d. principio in base al quale, in presenza di un rischio scientificamente non misurabile, ci si dovrebbe astenere dalla realizzazione dell’attività che lo genera<sup>46</sup>. Questa la tesi di fondo del libro: la precauzione è spesso presentata come il principale antidoto alle paure della collettività, e tuttavia – avverte Sunstein – il pericolo può essere più... pericoloso del danno.

Perché ne trattiamo? Perché il penalista è sensibile a queste tematiche.

Sebbene in un contesto teorico diverso, ha interiorizzato la consapevolezza che il confine della legittima anticipazione della soglia di intervento penale è rappresentato dalla disponibilità di dati empirici a sostegno dell’esistenza del

premio Nobel per l’economia anche per conto di Tversky, che nel frattempo era morto) e poi anche nel diritto, promettendo in ogni luogo il ritorno di luce e razionalità. E alla loro diffusione non si è sottratta nemmeno la letteratura penalistica italiana (noi stessi ci avvaliamo di questi insegnamenti, almeno a partire dal 2006. O. Di Giovine, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 216 ss.); di recente, vi è ricorso, per “umanizzare” l’agente modello in materia di colpa, M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 173 ss.

<sup>43</sup> H.R. Thaler, R.C. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (2008); tr. it. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009.

<sup>44</sup> C.R. Sunstein, *Simpler. The Future of Government* (2013); tr. it. *Semplice. L’arte del governo nel terzo millennio*, Milano, Feltrinelli, 2014, in cui l’autore riferisce delle sue esperienze sotto il Governo Obama, che gli aveva affidato l’incarico di ripensare le regole dell’amministrazione americana, sulla scia di quanto teorizzato, insieme a Thaler, nel già citato *Nudge*.

<sup>45</sup> C.R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle* (2005); tr. it. *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, il Mulino, 2010.

<sup>46</sup> Il principio di precauzione è generato nell’ambito del diritto dell’Unione Europea e di lì si è presto esteso ad altri settori. Ha una famosa declinazione filosofica nel pensiero di H. Jonas, che ne fa il *pendant* operativo del suo principio responsabilità Jonas, *Il principio responsabilità* cit. pp. 33 ss.

pericolo<sup>47</sup>, e da tempo ha approfondito lo studio della sua fisionomia<sup>48</sup> nonché della sua dimensione costituzionale<sup>49</sup> (non faremo qui differenza tra «pericolo» e «rischio», sebbene le parole spesso assumano accezioni diverse<sup>50</sup>).

Il penalista si è però finora prevalentemente concentrato sui problemi legati alla destrutturazione del tipo legislativo, denunciando come questo abbia cessato di rispondere al paradigma (invero da sempre forse solo ideale) del danno, per realizzare una progressiva anticipazione della tutela, sino ad attestarsi – ai due livelli, di formante legislativo e, forse ancor più, giurisprudenziale – sull'inammissibile soglia della precauzione. A tal proposito, ha rilevato la dubbia compatibilità di quest'ultima (la precauzione) con i principi costituzionali di materialità, di offensività ed anche di colpevolezza<sup>51</sup>.

Il profilo che la letteratura penalistica non ci sembra aver mai affrontato – e che rappresenta invece il cuore della tesi di Sunstein – è tuttavia se la precauzione sia asseondabile o meno dal punto di vista della coerenza logica.

Ebbene, mentre la giurisprudenza e forse anche lo studioso di diritto penale sembrano tacitamente assumere che, se non fosse per i rilevati profili di illegittimità costituzionale, la precauzione sarebbe in sé una cosa buona, Sunstein sostiene invece che la precauzione è irrazionale in radice. È cieca,

<sup>47</sup> Per tutti, seppure con riferimento ad uno specifico microsettore, vd. L. Siracusa, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, Giuffrè, 2007, in part. pp. 309 ss. Sulle torsioni del pericolo astratto, F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>48</sup> Classici gli studi di G. Fiandaca, *La tipizzazione del pericolo*, in G. Marinucci et al., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, FrancoAngeli, 1987, pp. 49 ss. e di F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1994.

<sup>49</sup> V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005.

<sup>50</sup> Per le opportune precisazioni penalistiche, D'Alessandro, *Pericolo astratto*, cit., pp. 45 ss. e soprattutto Perini, *Il concetto di rischio* cit., pp. 367 ss., cui si rinvia per una trattazione completa del tema.

<sup>51</sup> La letteratura sul tema è ampia e sostanzialmente convergente. Senza pretese di completezza, F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, Giappichelli, 2013; E. Corn, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2013; D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, Aracne, 2012; M.N. Masullo, *Colpa e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012; A. Massaro, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole? Funzioni e limiti del principio di precauzione de iure condito e condendo*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 maggio 2011; G. Forti, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, *«Criminalia»*, 2006, pp. 155 ss.; F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, *ivi*, pp. 227 ss.; C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero, *Studi in Onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1754 ss.; C. Prittwitz, *Società del rischio e diritto penale*, in L. Stortoni, L. Foffani, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 375 ss.; L. Stortoni, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, *«Rivista italiana di diritto e procedura penale»*, 2004, pp. 71 ss.

perché, inducendo a regolamentare un dato rischio in modo da azzerarlo o contenerlo il più possibile, comporta quale effetto invisibile il potenziamento di altri pericoli, anche più gravi e tuttavia nemmeno percepiti o comunque sottostimati dalla collettività.

Così, per citare alcuni dei numerosi esempi dibattuti nel libro (tutti di attuale o potenziale rilevanza penalistica): sopravvalutiamo sistematicamente il rischio del DDT, sottovalutando quello per la salute umana, indotto dall'inquinamento organico (da mancato uso del DDT); sopravvalutiamo il rischio degli OGM per l'uomo e per l'ambiente, sottovalutando i rischi per la fame soprattutto nelle zone più povere del mondo; sopravvalutiamo il rischio amianto, sottostimando quello che deriva dall'utilizzazione di ancor più nocive sostanze alternative<sup>52</sup>.

A fronte della tendenza sistematica a non considerare i dati statistici (*probability neglect*), nel libro l'autore conclude che i governi abbiano la responsabilità di imprimere un *nudge* ai consociati, per esorcizzare paure infondate e inocularne di fondate. In particolare, nell'*Introduzione*, egli così (ma non in quest'ordine) riassume i passaggi essenziali del suo ragionamento.

I governi i quali aspirino ad essere democrazie deliberative non possono passivamente recepire le istanze (e le paure) della collettività, ma devono assumersi l'impegno a decidere in modo ragionato ed argomentato. Devono cioè far affidamento sulla scienza e sulla parola degli esperti, più che sull'opinione dei cittadini<sup>53</sup>.

Molte paure della collettività sono infatti infondate – anche Sunstein ricorda che il panico morale si diffonde per contagio emotivo – e non vanno quindi assecondate (casi classici e ricorrenti nella trattazione di Sunstein sono la paura del nucleare e quella, già evocata, degli OGM e del DDT). Altre paure invece andrebbero responsabilmente indotte<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Sunstein ipotizza tuttavia un limitato ricorso alla precauzione in due casi, e cioè come principio rigorosamente anti-catastrofe (quando cioè si prospettano in potenza eventi catastrofici e sempre che il rischio non sia calcolabile); ai fini della difesa delle libertà civili. Quando il costo per sedare le paure della maggioranza ricade sulle minoranze, il rischio che tali paure si traducano in isteria di massa e dunque il rischio di azioni ingiustificate da parte degli Stati aumentano considerevolmente. E in questi casi l'autore reputa opportuno ricorrere ad un approccio precauzionale, sviluppando principi che «super-proteggano» le libertà e predisponendo un livello di tutela che sopravanzi la protezione che le libertà riceverebbero in un sistema ispirato al bilanciamento caso per caso. Sunstein, *Il diritto della paura* cit., pp. 296 ss.

<sup>53</sup> Sunstein, *Il diritto della paura* cit., pp. 11 s. *Amplius*, pp. 172 ss. L'idea ha trovato ulteriore sviluppo nel recente C.R. Sunstein, *The Cost-Benefit Revolution*, Cambridge, MIT Press, 2018.

<sup>54</sup> Sunstein porta l'esempio del fumo di tabacco; dell'esposizione al sole in rapporto ai tumori della pelle e dei rischi dell'inquinamento ambientale. Più scivolosa la sua posizione sul surriscaldamento del pianeta, dove l'autore si mostra sensibile alle implicazioni negative che sull'economia americana avrebbero gli incentivi alle energie pulite e lo smantellamento delle fonti di energia tradizionali, e sostiene che i pericoli del surriscaldamento non siano certi.

Infine, ferma la necessità di «ragionare in modo più approfondito» su alcuni interrogativi attinenti alla missione fondamentale di uno Stato, come, per esempio, «sulla natura e sul significato della vita umana»<sup>55</sup>, «quando la collettività è divisa sul modo in cui affrontare i rischi legati al cibo geneticamente modificato, o al terrorismo, o ai pesticidi, o al riscaldamento globale, ciò accade perché si registrano differenze in merito ai fatti sottesi a questi rischi, ma anche perché fra le persone esistono differenze che attengono a questioni fondamentali». Differenze che Sunstein ritiene preferibile eludere: «Le democrazie deliberative funzionano meglio se evitano di confrontarsi con i temi di fondo e tentano di ottenere consenso da individui che sono in disaccordo o sono insicuri su come risolvere i temi di fondo. Credo che con riguardo alla paura sia spesso possibile ottenere questo tipo di consenso»<sup>56</sup>.

Il presupposto di tale ultima affermazione è che la discussione di temi su cui si registrano forti divergenze produca polarizzazione di gruppo (altro concetto cui l'autore è molto affezionato), approfondendo, piuttosto che riducendo, il contrasto, sicché, dopo la discussione con l'antagonista, ciascuna parte è ancora un po' più convinta della sua posizione<sup>57</sup>. Da qui la nota tesi dell'autore, secondo cui, in democrazia, è preferibile ricorrere ad accordi teorizzati in modo incompleto. In parole diverse: ad una normazione che taccia su questioni basilari, allo scopo (buono) di produrre convergenza ed omogeneità.

## 8. ... al diritto alla paura

Le tesi di Sunstein sono coraggiose (anche se tutt'altro che isolate: all'interno del dibattito di filosofia politica americano si colgono numerosi segnali di un progressivo allentamento delle visioni ferocemente liberali sino a poco tempo fa affatto dominanti) e si lasciano apprezzare per il loro pragmatismo. Risultano poi particolarmente accattivanti nel momento attuale, in cui un malinteso concetto di democrazia, intesa come cieca esaltazione di una volontà popolare peraltro artatamente dis- o mal-informata, è pretestuosamente addotto, in senso deresponsabilizzante, a fondamento di politiche decisionali che mirano alla mera auto-perpetrazione del potere oppure al ribaltamento degli assetti esistenti<sup>58</sup>. Soprattutto, come già accennato, sembrano reincarna-

<sup>55</sup> Sunstein, *Il diritto della paura* cit., p. 13.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> «Il dibattito in merito ai rischi che hanno basse probabilità di realizzazione tenda ad aumentare le preoccupazioni della collettività, anche se è volto ad offrire rassicurazioni. Forse il modo più efficace per ridurre la paura di un rischio a basso indice di inveramento è semplicemente quello di parlare d'altro, lasciando che il tempo faccia il resto». Ivi, p. 171.

<sup>58</sup> Un'interessante analisi di queste dinamiche, Giacomini, *Potere digitale* cit.



re, rendendolo finalmente operativo, l'ideale di un diritto illuminato ispirato a una razionalità pura, quasi calcolabile.

Non sorprende, quindi, che riscuotano largo consenso<sup>59</sup>.

Pur essendo la posizione di Sunstein nella sostanza condivisibile (come potrebbe essere diversamente?), su di essa aleggiano degli interrogativi: alcuni noti; altri forse meno.

### 9. Segue. *La pretesa valutatività della scienza*

Muovendo dagli interrogativi noti, si potrebbe innanzitutto dubitare che la scienza sia davvero “dura”, così come sottende la rassicurante narrazione di Sunstein. Sappiamo che la riflessione epistemologica della seconda parte del Novecento ha fortemente attenuato l'originario dualismo tra scienze sociali e scienze naturali, assimilando le seconde alle prime (in ciò, invertendo la stringa rispetto alla prima fase della “disputa sul metodo”, che aveva tentato di ridurre le scienze umane e sociali a quelle naturali), sulla base di argomenti quali l'impossibilità di espungere lo sfondo teorico da una teoria scientifica (il carattere c.d. *theory laden* dell'osservazione scientifica) o la non universalità delle condizioni conoscitive: insomma, dell'inesistenza dei c.d. fatti bruti.

In secondo luogo, siamo certi che le implicazioni giuridiche delle tesi scientifiche (vuoi pure dure) siano incontrovertibili? Anche nei (rari) casi si registri un accordo sulla cornice teorica in cui le ricerche scientifiche sono inserite/da cui generano, nel momento in cui i dati devono essere trasposti e usati nei contesti propriamente giuridici, dovranno essere pur sempre interpretati e orientati in senso assiologico<sup>60</sup>. Il che giustifica la permanenza di fisiologici spazi di discrezionalità valutativa.

Più a fondo e in terzo luogo, la scienza è davvero sempre onesta? Sarebbe miope ignorare quella corrente di pensiero che mette in guardia dai rischi di un sapere scientifico non indipendente<sup>61</sup>. Alla “scienza normale” si sarebbe cioè accostata, e forse si andrebbe sostituendo, una “scienza post-normale”<sup>62</sup> che opera nei contesti strettamente legati alla tecnologia e dunque suscettibili di produrre rilevanti ricadute economiche. Contesti i cui livelli di incertezza scientifica sono particolarmente alti, gli interessi in ballo importanti; le de-

<sup>59</sup> Seppur con riferimento ad aspetti particolari, vd. Barberis, *Non c'è sicurezza* cit., pp. 125 s.

<sup>60</sup> Ancora G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza, 2017, pp. 156 s.

<sup>61</sup> S. Jasanoff, *Science at the bar: law, science and technology in America* (1995); tr. it. *La scienza davanti ai giudici*, Milano, Giuffrè, 2005; Ead., *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States*, Princeton, Princeton University Press, 2005; tr. it., *Fabbriche della natura. Biotecnologie e democrazia*, Milano, il Saggiatore, 2008. In Italia, M.C. Tallacchini, *Scienza e diritto: prospettive di co-produzione*, «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», 2012, pp. 316 ss.

<sup>62</sup> S. Funtowicz, J.R. Ravetz, *Environmental problems, post-normal science, and extended peer communities*, «Études et Recherches sur les Systèmes Agraires et le Développement», 30, 1997, pp. 169 ss.

cisioni vanno assunte in tempi ristretti e producono effetti non reversibili. Contesti in cui le dinamiche decisionali diventano naturalmente oscure, se non vere e proprie *black boxes*.

Pur con queste precisazioni, teniamo a precisare che, a nostro avviso, il parere esperto resta insostituibile. Ovviamente.

Ciò di cui è dubitiamo è che sia per definizione sempre migliore di quello dell'uomo comune. E con questa chiosa, passiamo agli interrogativi forse meno indagati nel discorso giuridico.

#### 10. Segue. *Il giudizio dell'uomo comune è davvero così fallibile?*

Come accennato, secondo Sunstein, la paura e conseguentemente la fama di cui gode il suo antidoto-precauzione dipendono da alcune comuni distorsioni cognitive.

Tanto per fare qualche esempio, tali distorsioni sarebbero indotte da: l'euristica della disponibilità (che ingigantisce per esempio la percezione del rischio di trasmissione dell'Aids o quella dei suicidi da parte di adolescenti e, per quel che qui più interessa, l'entità del rischio criminalità); l'avversione alle perdite; il mito della natura benigna (in virtù del quale, per intenderci, sottostimiamo i rischi dei raggi solari o dell'ingestione di sostanze naturali e, correlativamente, sopravvalutiamo i rischi degli OGM); il *System neglect* (la difficoltà di comparare tutte le variabili di una data situazione e cioè le conseguenze sistemiche di un intervento); la già citata tendenza a trascurare le probabilità. Un esempio paradigmatico di *Probability neglect* è proprio quello che incide sulla percezione del rischio di attentati terroristici, sicuramente più viva di quanto sarebbe giustificato alla luce del dato numerico<sup>63</sup>.

Invero, il *Probability neglect* sarebbe il padre di tutte le distorsioni della conoscenza, e non per niente è sotto attacco sistematico della psicologia cognitiva – cui il costituzionalista attinge a piene mani – a partire dai citati primi studi di Kahneman e Tversky, i quali misero presto in guardia rispetto alla naturale tendenza umana a trascurare i dati quantitativi<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Sunstein fa l'esempio dell'attacco antrace. Tale attacco fu su base locale, risultò non collegato al terrorismo internazionale e provocò pochissimi decessi (quattro): tuttavia è stato nell'immaginario un attentato gravissimo. Si tratta di un esempio ricorrente. Vd., P. Slovic, *The Feeling of risk. New Perspective on Risk Perception*, London, Routledge, 2010, pp. 287 s. In genere, gli studi di psicologia cognitiva ben potrebbero confermare la tesi secondo cui tendiamo a sopravvalutare la nocività, in termini di costi umani, del terrorismo islamico rispetto al sacrificio, meno visibile, implicato dalle politiche liberistiche delle potenze occidentali. Zolo, *Sulla paura* cit., pp. 79 ss.

<sup>64</sup> *Linda ha 31 anni, è single, estroversa e brillante; è laureata in filosofia; da studentessa si interessava dei problemi di discriminazione e giustizia sociale ed è stata impegnata contro il nucleare. Che cosa è più probabile: che faccia la cassiera in banca oppure che faccia la cassiera in banca e che sia femminista?*

Ora, è chiaro che una riflessione ponderata sull'effettiva consistenza dei rischi è sempre necessaria per evitare errori tanto subdoli quanto diffusi, ed è pure chiaro che l'invito a ragionare in termini logico-consequenziali richiama a una necessaria responsabilizzazione tutti gli strumenti di informazione, che non dovrebbero, in nome dell'*audience*, alimentare paure infondate e, per converso, oscurare o sminuire paure fondate sulla rilevazione oggettiva di rischi (vecchi o nuovi che siano), perché dotati di minori impatto emotivo e quindi di minore *appeal*<sup>65</sup>. Infine, è altrettanto ovvio che tali avvertenze sono viepiù utili oggi che la percezione dei rischi viene tante volte amplificata/distorta da quello straordinario vettore che è internet (*blog* e *social network*)<sup>66</sup>.

Tutto ciò premesso, le impostazioni in oggetto – proprio per il fatto di prediligere un metodo di ragionamento logico-consequenziale – oscurano il fatto che i pericoli non *sempre* sono valutabili in modo oggettivo.

Ribadita la tendenza umana a trascurare il dato quantitativo, si rivelerebbe un errore forse altrettanto pericoloso offuscare del tutto quello qualitativo. Non si discute il fatto che in molte situazioni l'entità del rischio sia calcolabile con una certa facilità e sicurezza: il classico esempio è fornito dal trasporto, dove messe di dati ci spiegano che – ad onta delle nostre contrarie impressioni – i trasporti aerei sono più sicuri di quelli stradali, poiché il numero di incidenti mortali che si verificano nel primo caso è minore del secondo. Si vuole piuttosto evidenziare come ciò non tolga che qualcuno possa legittimamente preferire la morte in un incidente stradale piuttosto che in un incidente aereo.

Ancora, Sunstein sembra ritenere inspiegabile che la propensione a pagare per evitare un rischio non muti significativamente a fronte del variare della probabilità di danno quando tale danno consista in una sofferenza fisica (viceversa, il soggetto è più sensibile al mutamento di probabilità se in gioco è una perdita economica)<sup>67</sup>. Similmente, si sorprende del dato che l'impatto negativo di una campagna informativa la quale evidenziava il nesso causale tra un pesticida e la contrazione di tumori infantili non fosse stato superato a fronte della dimostrazione che le probabilità di tumore erano basse<sup>68</sup>.

A rigore, tuttavia, ci si potrebbe sorprendere... della sua sorpresa.

Nel 1983, Kahneman e Tversky rilevavano come l'89% degli intervistati ritenesse più probabile che Linda fosse "una impiegata di banca e femminista", e denunciavano come tale giudizio fosse inficiato da una fallacia della congiunzione; non teneva conto, cioè, del fatto che un insieme formato da un oggetto (impiegata) deve essere necessariamente più esteso di un insieme formato da due oggetti (impiegata e femminista). Ne riferisce Kahneman, *Pensieri lenti* cit., pp. 172 ss.

<sup>65</sup> Bianchetti, *La paura del crimine* cit.

<sup>66</sup> Istruttivo W. Quattrococchi, A. Vicini, *Misinformation, Guida alla società dell'informazione e della credulità*, Milano, FrancoAngeli, 2016.

<sup>67</sup> Sunstein, *Il diritto della paura* cit., pp. 107 s.

<sup>68</sup> Ivi, p. 117.

Non si vedono ragioni per cui si debba propendere per un rischio, sebbene statisticamente meno consistente di quanto comunemente si pensi, se esso implica la realizzazione di condizioni esistenziali ritenute troppo sfavorevoli o comunque più sfavorevoli rispetto a quelle implicate dalla soluzione alternativa.

Come dire, matematica e algoritmi sono e restano ciechi a valutazioni qualitative, e queste potrebbero legittimamente prevalere, a livello individuale e collettivo.

Per proporre un altro esempio ricorrente nel dibattito, non c'è dubbio che il rischio di esplosione di una centrale nucleare sia molto basso (e molto inferiore a quanto usualmente percepito), vieppiù se confrontato con il pericolo di malattie prodotte dall'inquinamento indotto dallo sfruttamento delle attuali risorse energetiche. Ma forse, anche qui, non è detto che si debba restare indifferenti al fatto che ai cittadini interessi non soltanto se morire o meno, bensì anche *come* – cioè di che tipo di morte – morire<sup>69</sup>.

Analogo discorso potrebbe infine valere a proposito del “rischio criminalità”. Sappiamo che la curva della delinquenza pende sempre più verso forme poco visibili di criminalità: decrescono omicidi, furti e rapine, a vantaggio di truffe e reati economici<sup>70</sup>. E conosciamo ormai anche bene le ragioni di questa inversione, in sostanza riconducibili alla spersonalizzazione dei rapporti che caratterizza la seconda tipologia di casi: la distanza dalla vittima contribuisce ad allentare i freni inibitori dell'autore, precludendo l'attivarsi di quell'*arousal* che ci trattiene dal danneggiare il prossimo. Tuttavia, se è pacifico che il legislatore non dovrebbe mai assecondare soltanto la richiesta di sicurezza sul piano personale (come spesso invece fa per finalità evidentemente demagogiche; vd. *retro*) a discapito di forme di controllo della legalità economica (altrettanto e più necessarie), d'altro canto, non sarebbe legittimato nemmeno a trascurare il più impellente bisogno psicologico di giustizia che nasce negli individui quando in gioco sia la loro sfera personale, solo perché i danni procurati da forme tradizionali di criminalità sono più tenui.

<sup>69</sup> ...come vorrebbe il solito Sunstein, il quale nota con disappunto, ad esempio, che le «radiazioni da scorie nucleari producono indignazione» a differenza dei rischi da radon (causa di tumori polmonari seconda soltanto al fumo), perché più emotivamente connotati. Ivi, p. 112.

<sup>70</sup> La parabola storica discendente degli omicidi è tracciata con enfasi dallo psicologo cognitivo S. Pinker, *Angels of Our Nature: Why Violence has Declined* (2012); tr. it. *Il declino della violenza*, Milano, Mondadori, 2013. Per una analisi criminologica articolata, in Italia, A. Ceretti, R. Cornelli, *Omicidi e uccisioni violente nel mondo*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2016, pp. 1230 ss. Secondo una tesi, inoltre, l'ottimistica legge evolutiva della criminalità: «più frode meno violenza» sarebbe contraddetta dall'interposizione della criminalità mafiosa, caratterizzata dalla fungibilità dei mezzi criminosi (essa ricorre indifferentemente al mezzo lecito, al mezzo fraudolento, o al mezzo violento). F. Mantovani, *Insicurezza e controllo della criminalità*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2010, pp. 1003 ss.

Non si tratta di nostre considerazioni personali: nell'ambito della stessa psicologia cognitiva si sono da tempo levate voci critiche rispetto alla semplificazione che affligge il "modello" di Kahneman e Tversky. Così, vi è chi loda le c.d. euristiche dell'affetto, e revoca in dubbio le conclusioni di Kahneman e Tversky, cercando di evidenziare i vantaggi, oltre agli svantaggi delle intuizioni. Si osserva in proposito che l'uomo comune, in alcuni casi, può rivelarsi più competente dell'esperto, perché, a differenza di questo, riesce a distinguere, ad esempio, se a un dato rischio ci si espone volontariamente oppure no; se si tratta di rischi controllabili o meno; se tali rischi sono distribuiti in modo equo o iniquo. Sicché, in definitiva, si ritiene che l'uomo comune possieda una "razionalità rivale" (almeno pari-ordinata) a quella degli esperti<sup>71</sup>. Altri cerca di riscattare le *regole del pollice*<sup>72</sup>, e cioè quelle reazioni viscerali (*Prendi il meglio*) che farebbero la differenza (in meglio) nello sport (e questo è intuitivo)<sup>73</sup>; in materia economica e finanziaria (dove è dimostrato che le decisioni più redditizie non si fondano tanto su calcoli matematici nelle previsioni dell'andamento dei mercati, quanto su un'ampia componente intuitiva, rendendo con ciò inutile il lavoro degli analisti)<sup>74</sup> e addirittura in medicina<sup>75</sup> (dove l'attuale dibattito penalistico sulle linee guida lascia trasparire quanta preoccupazione stia destando il rischio di svilire la "componente artistica" dell'attività medica<sup>76</sup>). Regole del pollice che si rivelano indispensabili anche nel giudizio penale, che altrimenti – ammettiamolo – potrebbe essere affidato

<sup>71</sup> P. Slovic (ed.), *The Perception of Risk*, London, Routledge, 2000, pp. 193 ss.; Id. (ed.), *The feeling of Risk* cit., pp. 196 ss., dove si confronta in modo specifico e ampio con le tesi di Sunstein, il quale replica, a sua volta, in Sunstein, *Il diritto della paura* cit., p. 118 s.

<sup>72</sup> Così le denomina Gigerenzer.

Ritornando all'esempio di Linda, ecco come lo commenta tale autore: «Quegli accademici che parlano di fallacia della congiunzione sono convinti che per stabilire se un giudizio è razionale o irrazionale ci si debba basare sulla logica matematica. Ora, nel problema di Linda le sole cose che contano ai fini di una decisione logica del ragionamento razionale sono le parole [...] *e* e *probabile*, che si presume abbiano un solo significato corretto: rispettivamente la E logica (che usiamo, per esempio, negli algoritmi di ricerca) e la probabilità matematica (cioè il confronto fra il numero degli esiti favorevoli e quello degli esiti possibili). Chiamo *cieche al contenuto* queste norme logiche, perché ignorano il contenuto e gli scopi del pensiero. Nella loro rigidità, le norme logiche dimenticano che l'intelligenza deve operare in un mondo vago, non nella precisione artificiosa di un sistema logico, e deve andare oltre l'informazione ricevuta» (integrandola nelle parti mancanti). Gigerenzer, *Decisioni intuitive*, cit., p. 94. Ecco perché, secondo Gigerenzer, la risposta della maggioranza al problema di Linda si basa su un'intuizione intelligente (ed inconscia) a livello di conversazione quotidiana, piuttosto che su un errore di ragionamento, come invece vorrebbero farci credere. Ovviamente l'autore non rinnega l'utilità del ragionamento di tipo logico-consequenziale, ma cerca soltanto di contemperarlo con l'intuizione.

<sup>73</sup> Gigerenzer, *Decisioni intuitive*, cit., pp. 33 ss.

<sup>74</sup> Ivi, pp. 27 ss.

<sup>75</sup> Ivi, pp. 166 ss.

<sup>76</sup> *Contra*, peraltro, sia consentita un'altra autocitazione. O. Di Giovine, *Mondi veri e mondi immaginari di Sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, «Cassazione penale», pp. 2151 ss.

senza soverchie remore ai nascenti, ma già evoluti, sistemi di intelligenza artificiale<sup>77</sup>.

Insomma, *regole del pollice* (intuizione) e euristiche dell'affetto, secondo questa linea di pensiero, sarebbero irrinunciabili non soltanto nei casi in cui la limitatezza di risorse materiali e temporali costringa ad assumere decisioni veloci e poco ponderate (come ammesso dalla parte più "tradizionalista" della psicologia cognitiva), ma anche quando si possa astrattamente procedere con il metodo della c.d. *partita doppia*, e cioè ponderando vantaggi e svantaggi di ogni singola opzione.

In sintesi, in una società democratica e pluralista, va assicurata la scelta più consapevole possibile, ma andrebbe approfondito se sia davvero così giustificato assegnare la preferenza alla tutela da certi rischi piuttosto che altri soltanto perché i primi sono quantitativamente più consistenti.

11. *Se manca un accordo su questioni di base, davvero lo Stato deve rinunciare a normare o normare per accordi parzialmente teorizzati?*

Veniamo così all'affermazione forse più opinabile di Sunstein, che rappresenta la diretta conseguenza delle sue premesse. Il costituzionalista liquida come un'ingenuità l'idea che una democrazia possa dirsi davvero deliberativa soltanto se si assume rawlsianamente il compito di coagulare un consenso, e non anche quando deliberatamente eluda la discussione su temi difficili, allo scopo di evitare radicalizzazioni. Ma l'impossibilità di ridurre la valutazione del rischio alla sua sola dimensione quantitativa, sterilizzandone quella assiologica e demandando così la decisione *in toto* agli "esperti", ha come esito obbligato l'impossibilità di prescindere da un confronto con le preferenze soggettive degli interessati. Porta quindi a difendere l'idea tradizionale (per quanto problematica) che di democrazia possa parlarsi solo se la deliberazione si fonda sul dialogo con la collettività, dialogo che deve essere consapevole e quindi preceduto dalla più ampia e responsabile informazione.

Impresa erculea, questa, nella quale agli esperti spetterebbe ovviamente una parte fondamentale, ma non – forse – il ruolo di decisore esclusivo. Richiama insomma, ancora e sempre, alla necessità, innanzitutto, di un impegno *etico* su tutti i fronti. Un "poco", si dirà, che però, nella situazione attuale, sarebbe già "moltissimo"<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Per tutti, A. Garapon, J. Lassègue, *Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, Puf, Humensis, 2018.

<sup>78</sup> In termini più generali, il valore etico del dubbio è ribadito, ancora di recente e proprio con riferimento ai temi qui trattati da Di Cesare, *Terrore* cit., pp. 163 ss.

Ci sia consentito un azzardo finale. In una prospettiva antitetica a quella di Sunstein, che invoca gli «accordi parzialmente teorizzati» per eludere la discussione di aspetti specifici (che spetterebbe agli esperti concretizzare), ci si potrebbe chiedere se non abbiano al contrario ragione quanti evidenziano come, tante volte, i contrasti si sedino proprio nel passaggio dall'astratto al concreto, e cioè nel confronto, dialogico, argomentato, e prima di tutto informato, con la specifica situazione di fatto<sup>79</sup>.

## 12. Conclusioni: dall'architettura delle "scelte" a quella degli "ambienti"

Le tesi brevemente discusse costituiscono a nostro avviso un'esemplificazione molto concreta della tensione del diritto verso la c.d. razionalità di scopo, e illustrano come, in una società sempre più complessa e segnata da una crescente asimmetria informativa, sia facile che il diritto assuma una connotazione paternalista.

Se questo non è un problema per chi, al contrario, ne ha fatto uno *slogan*<sup>80</sup> (e forse nemmeno più per la maggioranza dei pensatori liberali contemporanei), potrebbe esserlo invece per molti professori di diritto penale. Il paternalismo, per quanto *soft*, lascia infatti dietro di sé la solita scia di dubbi e inquietudini, sostanzialmente discendenti dal rischio di restringere gli spazi della deliberazione democratica.

È insomma facile convenire sul fatto che il diritto non debba instillare paure infondate o rincorrere falsi timori, casomai creati ad arte da/attraverso media e poteri digitali<sup>81</sup>, e che debba per contro rispondere a bisogni oggettivi, desumibili da dati duri, alla cui elaborazione concorra un uso sapiente della matematica e della statistica. Vero ciò, a nostro avviso, andrebbe però anche precisato che non esistono architetture di scelta neutrali e che l'obiettivo realistico da raggiungere è, piuttosto, responsabilizzare chi progetta interventi architettonici a creare migliori ambienti, più semplici, amichevoli e trasparenti<sup>82</sup>, tali cioè da consentire la maggiore consapevolezza da parte dei cittadini chiamati (essi, pur sempre) a scegliere.

In chiusura, ci chiediamo allora se nella realizzazione di tale disegno possa trovare risposta anche l'interrogativo iniziale: se cioè la paura – sfrondata

<sup>79</sup> La logica del caso per caso è (da tempo) invocata in materia bioetica. Per tutti, A.R. Jonsen, S. Toulmin, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press, 1988. Volendo, anche O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica, neuroetica*, Torino, Giappichelli, 2009.

<sup>80</sup> Sunstein, in *Il diritto della paura* cit., ne tratta a pp. 237 ss.

<sup>81</sup> Sul punto, in diritto penale, C.E. Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, pp. 467 ss.

<sup>82</sup> Quasi testualmente, M. Motterlini, F. Guala, *Mente, Mercati, Decisioni*, Milano, Egea, 2015, p. 191, seppur con specifico riferimento alle politiche economiche.

dei suoi profili di più manifesta contraddittorietà sul piano cognitivo – possa svolgere, in alcuni casi e in una certa misura, un ruolo positivo.

Più a fondo, in quel contesto si potrebbe inserire una riflessione di carattere generale sulla reale fisionomia della «razionalità di scopo», arnese concettuale essenziale al lavoro del penalista, ma alla descrizione della cui fisionomia i bisogni emotivi delle persone, compresi quelli legati alle loro paure, stanno reclamando in misura sempre più pressante (e, a nostro avviso, anche con un certo fondamento) di poter concorrere.