

Andrea Francesco Tripodi

Dal *diritto penale della paura* alla *paura del diritto penale*.
Spunti per una riflessione

Per non perdermi troppo, userò una bussola che non mi ha mai deluso: la paura. Segui le orme della paura e troverai casa: quella tua e quella degli altri. In questo caso è abbastanza facile perché di paure ce ne sono parecchie, in giro, e alcune sono tutt'altro che sceme.

A. Baricco, *The game*, Torino, 2018, p. 16

Premessa

Le considerazioni che seguono nascono dal tentativo di collegare alcune isole concettuali formatesi a causa della pervasività nelle nostre vite del diritto penale contemporaneo.

Il fenomeno ha sempre di più il crisma della stringente attualità: *politica*, *mediatica*, della *vita comune*. Il “penale” è un dato della quotidianità.

L'idea – forse, per meglio dire, la provocazione – oppure, più ambiziosamente, la tesi da dimostrare è che il rapporto tra *diritto penale e paura*, che nella tradizionale iconografia vede il primo come strumento di controllo della seconda, conosca oggi una nuova declinazione, dove il diritto penale diviene esso stesso l'oggetto della paura.

1. *Il diritto penale della paura e le sue degenerazioni: il fenomeno penal-populistico*

Nell'epifania classica del rapporto tra *diritto penale e paura* può cogliersi l'ambivalenza ovvero il secondo polo della dialettica, quasi ossimorica, interna al diritto penale: da un lato, *magna charta libertatis*, limite alla politica criminale; dall'altro, nella sua dimensione marcatamente politica, strumento

di controllo politico-criminale, e, di conseguenza, catalizzatore di consenso politico¹.

La scansione della dinamica in cui si riflette questo secondo volto del diritto penale è facile da descrivere. La *paura* del *crimine* genera *diritto penale*: perché il diritto penale è lo strumento che più rassicura la collettività rispetto a paure e allarmi sociali.

Non è in dubbio che l'uso politico del diritto penale rappresenti un prodotto della stessa democrazia² – segnatamente, della domanda di tutela/sicurezza che essa filtra, secondo le specifiche modalità, storicamente condizionate, attraverso cui le filtra³ –. E possiamo anche riconoscere che un profilo di natura (*lato sensu*) simbolica risieda nello stesso DNA del diritto penale, attese la portata stigmatizzante che ne è anche cifra identitaria⁴ e la carica persuasivo-rassicuratrice che metastoricamente gli appartiene⁵ in convivenza con la primaria funzione di tutela e conservazione di beni giuridici.

Il problema sorge quando l'equilibrio tra le due forze protagoniste della richiamata dialettica si rompe e prende il sopravvento la seconda (o, il che è – nella nostra ottica – lo stesso, quando la dimensione simbolica diviene prevalente sul primario profilo funzionale).

All'accentuazione dei tratti di strumentalizzazione politica del diritto penale si accompagnano, com'è noto, distorsioni collaterali: *a*) l'indifferenza all'effettività della norma: non interessa quanto essa sia applicabile e applicata, ma solo la sua valenza simbolica di minaccia di pena; *b*) la tendenza politico-mediatica a enfatizzare il rischio di criminalità, con lo scopo di iniettare nel tessuto sociale ulteriori quote di paura: quanto più si drammatizza il fenomeno criminale, tanto più consenso acquisisce una politica criminale interventista⁶;

¹ Su tale dialettica si veda D. Pulitanò, *Politica criminale*, C. Mortati, S. Pugliatti *et al.* (diretta da), *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 73 ss. Per i rapporti tra consenso sociale e genesi della norma penale rinviamo a C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1992, pp. 849 ss. Per la tematizzazione del *crimine* quale mezzo di legittimazione di un sistema politico, cfr. J. Simon, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, Raffaello Cortina, 2008, *passim*.

² Cfr. D. Pulitanò, *Intervento*, in S. Bonini *et al.*, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, «Penale contemporaneo», <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/DibattitoAIPDP.pdf>>, dicembre 2016.

³ V. *infra* § 2.

⁴ Così C. Sotis, *Intervento*, in Bonini *et al.*, *La società punitiva* cit., p. 14. Nello stesso senso S. Anastasia, *Materialità del simbolico. I depositi del populismo penale nel continuum penitenziario*, in S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, p. 121, il quale evidenzia come il diritto penale, al di là del nucleo essenziale di natura garantistica, insceni comunque la “vendetta” contro chi ha infranto la legge.

⁵ Così S. Bonini, *Funzione “strumentale” e funzione “simbolica” del diritto penale, fra discorsività “critica” e discorsività “dialogica”*, in Bonini *et al.*, *La società punitiva* cit., p. 29.

⁶ Di *destatisticalization* parla J. Pratt, *Penal populism*, New York, Routledge, 2007, p. 145, per descrivere il linguaggio politico che prescinde da ogni riferimento a dati statistici reali e si concentra solo sull'obiettivo di acquisizione del consenso del consociato.

c) la (rappresentata) direzionalità dell'intervento politico-criminale *contro* un *nemico*, identificato con specifiche categorie sociali (gli immigrati, i cd. colletti bianchi, gli automobilisti, i gestori della "cosa pubblica" etc.);⁷ d) il rischio di produrre norme penali o, più in generale, sistemi punitivi, in attrito coi diritti fondamentali o coi principi penalistici, con una generale sottovalutazione dei profili garantistici: di solito, si varano politiche sanzionatorie ispirate a canoni di estrema severità o fattispecie con spettro operativo assai ampio.

L'etichetta assegnata a questo spaccato della realtà penalistica è quella di *populismo penale*⁸. Figura di cui è stata messa in luce anche la proiezione sul piano giudiziario. Si parla di *populismo giudiziario* in tutti quei casi in cui il magistrato pretende di assurgere a rappresentante dei reali interessi ovvero delle aspettative di giustizia del popolo, al di là della necessaria mediazione della legge, e dunque pure in una logica di supplenza di quest'ultima; e talvolta in aperto contrasto con il potere politico ufficiale⁹. Ciò in quanto il populismo giudiziario non presuppone necessariamente una *politica* (ovvero, una *legislazione*) *criminale populistica*, anche se è chiaro come la presenza di questa ne agevoli l'affermazione. In siffatta evenienza, la richiesta proveniente ai giudici da parte del potere politico, dei *mass-media*, in generale della società, non coincide tanto con l'accertamento della responsabilità penale dei singoli, quanto col perseguimento di un obiettivo generale: sconfiggere la mafia, il terrorismo, la corruzione, etc.¹⁰

⁷ Sul rischio di scivolamento verso modelli di incriminazione per tipo d'autore («per ciò che si è» e non «per ciò che si è fatto»), cfr., tra gli altri, L. Ferrajoli, *Democrazia e paura*, in M. Bovero, V. Pazé (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 117 ss. Per una tematizzazione del cd. *diritto penale del nemico*, nella letteratura italiana, per tutti, M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, «Cassazione Penale», n. 2, 2006, pp. 735 ss. Con riferimento alla legislazione cd. emergenziale, quale espressione del diritto penale del nemico, si veda D. Falcinelli, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico"*, in Anastasia, Anselmi, Falcinelli, *Populismo penale* cit., pp. 27 ss. Sulle "politiche della paura", cfr., in chiave socio-criminologica, le riflessioni di A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, Feltrinelli, 2013.

⁸ D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005; Pratt, *Penal populism* cit. Nella nostra letteratura, per tutti, G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, «Criminalia», 2013, pp. 95 ss.

Sul concetto, evidentemente *collegato*, di populismo politico, di cui il populismo penale è strumento giuridico, si rinvia, da ultimo, a J.W. Müller, *Cos'è il populismo?*, Milano, Università Bocconi Editore, 2017. Sulla varietà dei movimenti politici populistici, cfr. M. Anselmi, *Populismo e populismi*, in Anastasia, Anselmi, Falcinelli, *Populismo penale* cit., pp. 2 ss. Per una classificazione dei diversi approcci riconducibili alle teorie populistiche (dal populismo come ideologia, al populismo come stile o strategia politici), si veda N. Gildron, B. Bonikowski, *Varieties of Populism: Literature Review and Research Agenda*, «Working Paper Series, Weatherhead Center for International Affairs», n. 13-004.

⁹ Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., pp. 95 ss., con riferimento, in particolare, alle vicende che hanno interessato il nostro Paese. Per ulteriori qualificazioni cfr. L. Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, «Criminalia», 2014, p. 198.

¹⁰ Così Violante, *Populismo e plebeismo* cit., p. 198: «[...] devono punire, duramente, il guidatore sbadato, per ammonire tutti guidatori, devono individuare il politico o il pubblico funzionario potenzialmente colpevoli di malversazione perché rientrano nel tipo d'autore che il populismo ha confi-

1.1 Il fenomeno *penal-populistico*, nella sua evoluzione, affianca allo sviluppo degli evidenziati “segni” tradizionali anche ulteriori aspetti, talvolta figli della mutazione dei sistemi sociali.

1.1.1 Sempre più di frequente si registrano profili di incertezza della norma.

Tratto pur rinvenibile nel *populismo penale* è la svalutazione della dimensione tecnica della legiferazione a beneficio di quella simbolica ovvero del messaggio da trasmettere ai consociati¹¹.

L’incertezza della norma abbassa il livello di prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie azioni, gigantizzando in tal modo il ruolo del giudice. E ben sappiamo come oggi la *legalità penale* venga declinata anche in termini di prevedibilità (ragionevole) della decisione giudiziaria¹².

1.1.2 Si è poi al cospetto di un diritto penale che della dimensione simbolica in senso stretto¹³ mantiene spesso *solamente* il ruolo promozionale ovvero di calmiera dell’indignazione pubblica, dal momento che vi si accompagna, almeno in certi ambiti, un elevato grado di *efficacia*, intesa come effettiva applicazione della norma (e della pena)¹⁴; *efficacia* che, peraltro, si abbina a un altrettanto elevato grado di incertezza della norma medesima. Per non dimenticare come siffatto strumento possa essere *incerto ed efficace* ovvero come spesso affidi all’incertezza le *chances* della propria efficacia, intesa qui in senso *general-preventivo*: il disorientamento dei consociati, dovuto all’incertezza della norma, genera un effetto di responsabilizzazione individuale¹⁵.

gurato». Correlativamente, dal lato della vittima, tale appare in ogni caso la società civile, secondo una concezione che giunge ad accettare la lesione delle garanzie individuali come prezzo necessario per assicurare la “sicurezza”: sul punto, Falcinelli, *Dal diritto penale “emozionale” al diritto penale “etico”*, cit., pp. 28 ss.

¹¹ Fiandaca, *Populismo penale* cit., p. 99.

¹² Tra i principali contributi sul tema, si rinvia a F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, «Penale Contemporaneo», <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4400-legalita-fra-law-in-the-books-e-law-in-action>>, marzo 2016; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, «Diritto Penale Contemporaneo», <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale>>, dicembre 2016.

¹³ Si intende, cioè, come “legislazione simbolica”, con la tipica caratteristica della sua (consapevole) *ineffettività*. Sul punto, per una classificazione dei tipi di tutela derivati da procedimenti di normazione penale, Paliero, *Consensus sociale e diritto penale*, cit., p. 890.

¹⁴ Si rinvia ai dati – soprattutto in materia di carcerazione –, rilevanti in tutta Europa, riferiti da D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2017, pp. 9 ss., che efficacemente descrive tale tendenza: «nell’ultimo decennio, il mondo è entrato in un’era del castigo»; e da S. Anastasia, *Materialità del simbolico. I depositi del populismo penale nel continuum penitenziario*, in Anastasia, Anselmi, Falcinelli, *Populismo penale* cit., pp. 103 ss., il quale si sofferma sugli effetti del populismo penale sul sistema di controllo sociale coattivo in Italia.

¹⁵ Il riferimento è alla riflessione di F. Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2001, pp. 1198 ss.

Più a fondo. Trattasi di un'efficacia (general-preventiva) non selettiva, che cioè non introietta una consapevole distinzione tra fatto illecito e fatto lecito (tra bene e male, verrebbe da dire), perché perversamente determinata a monte da una norma che non riesce a segnare precisamente il confine tra l'uno e l'altro. Rimbalza, dunque, l'eco della teorica, di origine statunitense e poi invalsa nella giurisprudenza della Corte Edu, del cd. *chilling effect*, che viene in gioco quando la norma varata produce l'astensione dei consociati rispetto a condotte diverse da quella direttamente sanzionata¹⁶.

L'“imprecisione” del dettato normativo è a sua volta figlia – cumulativamente o alternativamente – della tecnica redazionale (come sopra osservato), del compromesso politico, del relativismo valoriale che si riflette nella scelta legislativa, della stessa *precarietà* della norma, soggetta a continui *restyling* legislativi.

1.1.3 In questa prospettiva, ben si intuisce come la produzione normativa assuma tratti alluvionali: interessa principalmente esortare, promuovere, assecondando la “domanda” di punizione(-vendetta) della comunità¹⁷. Da qui la costante centralità del complesso tema dei rapporti tra norme penali: sia in chiave *diacronica* sia in chiave *sincronica*¹⁸. E, inoltre, la constatazione, assai frequente, della superfluità della “nuova” norma penale, quella introdotta per far fronte a uno specifico fenomeno, atteso che i fatti che destano allarme risultano sussumibili in una fattispecie già presente nell'ordinamento.

La legge penale è trattata, insomma, non diversamente da «un bene di consumo» ovvero, aggiungiamo, è concepita ad uso e consumo di chi ne reclama l'introduzione: il legislatore, con disinvoltura, la immette nel sistema, nel “ciclo commerciale”, disattento alle categorie e ai principi che storicamente la governano¹⁹.

¹⁶ Per un'aggiornata ricostruzione della teoria del *chilling effect*, con ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, si veda la tesi di Dottorato di N. Recchia, *Il giudizio di proporzionalità in materia penale. Prospettive e limiti come strumento critico delle scelte di criminalizzazione*, Università degli studi di Ferrara, XXIX ciclo-Ludwig-Maximilians Universität München, pp. 146 ss.

¹⁷ Si è osservato come la punizione assuma una funzione vendicativa (contro il nemico) e risanatoria, collegata all'espulsione dal sistema pubblico di chi è additato come responsabile della disfunzione (così Violante, *Populismo e plebeismo* cit., p. 200), ovvero, più che mai, di ristoro – a beneficio della collettività – del male arrecato (cfr. Pratt, *Penal Populism*, cit., p. 145), ad ogni modo, ben al di là di un retributivismo moderato (così Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, cit., p. 109).

¹⁸ È sufficiente consultare qualsiasi banca dati giurisprudenziale per avere contezza del significativo numero di pronunce in materia di legge penale nel tempo e di concorso di reati o concorso apparente di norme.

¹⁹ L'immagine è di F. Sgubbi, *Presentazione*, in G. Insolera (a cura di), *Legislazione penale compulsiva*, Padova, Cedam, 2006, pp. XI-XIII. Evidenzia la stretta connessione tra «il fenomeno della cd. legislazione penale compulsiva e quello di un uso cd. simbolico-espressivo del diritto penale». A. Manna, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in Bonini et al., *La società punitiva* cit., p. 7. Correlativamente, rileva Violante, *Populismo e plebeismo* cit., p. 198: «P.M. e giudice sono spinti, [...] per dare al proprio

E, di certo, non valgono a compensare l'incremento del "penale" la pur registrabile recente espansione dell'area *lato sensu* della *non punibilità*, attuata secondo diversificati paradigmi²⁰, o il pur ricorrente fenomeno di depenalizzazione²¹, che non ha dato i risultati sperati anche perché spesso seguito e contraddetto da rinnovate criminalizzazioni²².

1.1.4 L'abuso del diritto penale, tipicamente rivelato dalla moltiplicazione ipertrofica delle fattispecie penali, oggi si cela *anche* dietro l'edificazione di sistemi sanzionatori "multilivello" ovvero "*multiformi*"²³ a vocazione (punitiva)-cumulativa, che generano *bis in idem* o, più propriamente, problematiche di (complessiva) proporzionalità sanzionatoria²⁴.

1.1.5 Per concludere, tratto qualificante la legislazione penale *populistica* è la sua *eccedenza*: rispetto al fine tipico di tutela dei beni giuridici; rispetto allo scopo tipico (rieducativo), secondo Costituzione, della *pena*.

1.1.6 Fenomeno collaterale a tutto quanto descritto è quello della *proiezione massmediatica* della vicenda penale, che – se vogliamo – è essa stessa *ulteriore pena*, per di più preventiva, perché ha il suo baricentro nella fase delle indagini, e talvolta definitiva, quando ad esempio non ci si attivi per la rimozione del dato dalla rete²⁵. La *rappresentazione* da parte di un operatore dell'informazione di dati afferenti direttamente o indirettamente

"prodotto" il senso di essere nel *mainstream*, a conferire un significato punitivo generale alle loro azioni, anche prescindendo dal caso che hanno sotto mano».

²⁰ Dalla *non punibilità* in senso stretto (trasfusa nell'ipotesi generale di tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p. o riferita a specifiche condotte come quelle di *collaborazione processuale* di cui al nuovo art. 323 *ter* c.p.), all'estinzione del reato da condotte riparative (si pensi all'art. 162 *ter* c.p. per i reati procedibili a querela) o da *diversion* (com'è stabilito dall'art. 168 *bis* c.p. in relazione alla messa alla prova). Per una sistematica dell'attuale fenomeno della non punibilità nel rapporto tra *individuo* e *ente*, cfr. C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, testo destinato alla pubblicazione, «Diritto penale e processo», messo cortesemente a disposizione dell'Autore, *passim* del dattiloscritto.

²¹ Sugli ultimi interventi di decriminalizzazione e di depenalizzazione, contenuti nei dd.lgss. n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016, attuativi della legge-delega 67/2014, si rinvia F.C. Palazzo, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, «Diritto penale e processo», 3, 2016, pp. 285 ss.

²² Si soffermano, da ultimo, su tali profili, commentando l'opera di Thomas Vormbaum, L. Lacchè, C. Piergallini, *Laudatio*, in *Laurea Honoris Causa a Thomas Vormbaum*, Macerata, eum, 2018, pp. 28 ss.

²³ Sulla nozione di *matière pénale* elaborata dalla giurisprudenza convenzionale e sulla criteriologia utilizzata per l'identificazione *sostanziale* della sanzione, si rinvia per tutti all'indagine monografica di F. Mazzacava, *Le pene nascoste*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 7 ss.

²⁴ Sul tema, volendo, F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2017, pp. 1047 ss.

²⁵ Sulle specificità della questione nell'epoca di internet e sugli strumenti di tutela, da ultimo, E. Mazzanti, *Vecchio sospetto di reato e diritto all'oblio. A proposito di una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, «Diritto Penale Contemporaneo», 4, 2018, pp. 215 ss.

una vicenda processuale penale ha poi progressivamente assunto tratti di *spettacolarizzazione*. E, in questa dimensione sensazionalistica del crimine, che alimenta paure e fomenta allarmismi, la valutazione dei fatti, che pur non si rinuncia a proporre, non è quasi mai ponderata, ma soprattutto volta ad attrarre e a soddisfare l'interesse dello spettatore-fruitor²⁶. *Ivi*, anche l'eventuale, ipotetica pseudo-verità diventa un bene di consumo, il cui fruitore – l'opinione pubblica – contribuisce, sedotto dal gioco, in qualche modo a plasmare.

La questione penale, dunque, si arricchisce *oggi* di un nuovo capitolo: la gestione del processo o, più in generale, della vicenda umana da esso scaturente, nella prospettiva strettamente massmediatica. E alla denuncia dei profili disfunzionali²⁷, si affiancano proposte di misure rimediali²⁸.

Più a monte, è sulla stessa scena politico-criminale che i *mass-media*, attraverso la rappresentazione delle vicende e l'informazione sui fenomeni criminali, finiscono per svolgere nella sostanza un ruolo condizionante, affiancandosi in tal modo ai *formanti* tradizionali del sistema penale latamente inteso²⁹.

2. Diritto, populismo e politica: il diritto penale al servizio della (non-) politica della paura

Si afferma che la coesistenza tra *popolo e diritto* è consentita dalla *politica*. Ne è esempio il costituzionalismo del novecento, che ha incorporato nel *diritto* la questione sociale, concependo le carte costituzionali non solo come strumenti di tutela dei diritti, ma anche come «programma di società» (si pensi agli artt. 1, comma 1, e 3, comma 2, Cost.)³⁰.

Nelle fasi storiche populistiche la *politica* smarrisce il proprio ruolo di mediazione dei conflitti sociali, la propria funzione “civilizzatrice” e di governo di insicurezze e pretese della comunità. Si de-politicizza, diviene non-politica,

²⁶ Il fenomeno è ampiamente tematizzato nello studio di Pratt, *Penal populism* cit., pp. 134 ss., dove, ai fini di una descrizione sintetica, si usa efficacemente il termine *glamourization*.

²⁷ Tra gli altri, Violante, *Populismo e plebeismo* cit., pp. 202 ss.; G. Giostra, *Processo penale e mass media*, «Criminalia», 2007, pp. 57 ss.; T. Padovani, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, «Diritto penale e processo», 2008, pp. 690 ss.

²⁸ Cfr., per tutti, V. Manes, *La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediale*, «Diritto Penale Contemporaneo», 3, 2017, pp. 114 ss.

²⁹ Cfr. C.E. Paliero, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, «Criminalia», 2012, p. 116; Id., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, pp. 523 ss. Per un'ampia ricerca criminologica, R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, Giuffrè, 2018, spec. Capp. VI e VIII.

³⁰ Ripercorriamo la riflessione di E. Scoditti, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, «Questione Giustizia», <http://questionegiustizia.it/articolo/populismo-e-diritto-un-introduzione_10-09-2018.php>, settembre 2018, pp. 1 ss.

limitandosi ad assecondare – senza filtro – le richieste della comunità, tra cui quelle di tutela penale; anzi alimentando le relative *paure*, in modo da acquisire/mantenere consenso³¹.

Com'è stato osservato, in siffatte congiunture emerge la relazione antitetica tra *populismo* (ambiente concettuale, dove il *popolo* è assunto in una nozione «indifferenziata, originaria e innocente») e *diritto*, atteso che il primo persegue – senza filtri *stricto sensu* politici – la risoluzione della questione sociale e identitaria (in termini di radicamento etnico-culturale) e il secondo lo scopo della limitazione del potere (senza determinazioni identitarie o culturali)³². In assenza dell'opera mediatrice della politica *mediante il diritto*, quest'ultimo si trova a fronteggiare in solitudine il *populismo*, col rischio di diventarne «suo strumento inconsapevole»³³.

Un pericolo, questo, che incombe nell'attuale società, dove il diritto penale si atteggia a strumento “principe” della (non-)politica e la stessa “etica politica”, che ha perso la propria identità di pubblica *Weltanschauung*, sembra ridursi a quella derivabile dal sistema penale (come testimonia anche la disciplina della “incandidabilità” incentrata sui carichi penali)³⁴.

A scanso di fraintendimenti. Nessuno può dubitare della necessità del diritto penale, pur sempre e a buona ragione motivato dalla sconcertante proliferazione della pratica illegale e degli inestimabili effetti nefasti della sua

³¹ Fondamentalmente in questi termini Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., pp. 201 ss. e G. Insolera, *Intervento*, in Bonini *et al.*, *La società punitiva* cit., p. 37. Per la visione del populismo quale forma sociale organizzata che si contrappone all'inefficienza dell'assetto istituzionale, tendendo a sostituirlo, si veda K. Weyland, *Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics*, «Comparative Politics», 34, 1, 2001, pp. 1-22. In quest'ottica, sottolinea il ruolo di strumento connessione tra *potere* e *popolo* riconosciuto al diritto penale, Anastasia, *Materialità del simbolico. I depositi del populismo penale nel continuum penitenziario*, cit., p. 121. È possibile scorgere l'arretramento del ruolo di bilanciamento di interessi proprio della *politica* nel testo di riforma della legittima difesa licenziato dal Senato il 24.10.2018, ispirato da pur comprensibili ragioni securitarie, tradottesi nell'idea dell'assoluta legittimità della difesa da comportamenti “intrusivi”. In particolare, la presunzione/eliminazione dei requisiti di necessità e proporzione della reazione difensiva certifica l'assenza di bilanciamento ponderativo da parte della legge, contraddicendo in tal modo la stessa logica identitaria delle scriminanti, anzi rendendo *anche* tale categoria veicolo di un ben chiaro messaggio simbolico. In chiave critica sul fondamento dell'opzione di riforma della legittima difesa, si rinvia, per tutti, a F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, «Diritto penale e processo», in corso di stampa, 2019, già consultabile in «Quotidiano Giuridico», <<http://www.quotidianogiuridico.it/documents/2018/11/30/il-volto-del-sistema-penale-e-le-riforme-in-atto#>>, e R. Bartoli, *Verso la “legittima offesa”*, «Penale Contemporaneo», <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/6408-verso-la-legittima-offesa>>, gennaio 2019. In generale, per uno studio monografico aggiornato e accurato della sistematica della “giustificazione”, si veda F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, Giappichelli, 2018.

³² Scoditti, *Populismo e diritto* cit.

³³ Scoditti, *Populismo e diritto* cit., il quale, dunque, invita i giuristi all'assunzione di “nuove responsabilità”.

³⁴ Cfr., per un'ampia tematizzazione, M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, Mucchi Editore, 2014, pp. 33 ss., ripreso da Violante, *Populismo e plebeismo* cit., pp. 204 ss., il quale efficacemente conclude che «[i]l codice penale costituisce oggi la Magna Charta della politica».

incidenza sulla collettività. Se ne deve però porre in discussione il suo *abuso*, che è come dire la sua *centralità* nella *politica del diritto*: quasi fosse dotato di capacità taumaturgiche, quando è ben noto come non abbia mai rappresentato la soluzione ai problemi³⁵.

Ogni *politica* che si consegna al diritto penale per *risanare* i mali della società è inadeguata e si condanna al fallimento.

Con un'ardita parafrasi: *il sonno della politica genera mostri*.

3. *La relazione tra diritto penale e paura: uno sviluppo imprevisto*

La dose massiccia di *penalità*, la passione contemporanea per il diritto *punitivo*³⁶, assurto quasi a *primaria* bussola valoriale di una società che va perdendo la piattaforma etica di base, può avere riflessi inattesi sugli stessi consociati, interessando sia i latori della domanda di intervento punitivo, ossia una cospicua maggioranza, sia – e *del tutto prevalentemente* – coloro che non hanno partecipato a tale richiesta, ossia la minoranza. Una *élite*, quest'ultima, additata dalle spinte populistiche come titolare di privilegi e responsabile della maggior parte dei mali della comunità³⁷.

Breve. *Il diritto penale può generare a sua volta paura: paura del diritto penale*.

Una paura che non è quella fisiologica determinata dalla minaccia della pena, e dunque insita nel classico effetto di prevenzione generale (nella sua manifestazione *normale*). In questa relazione fisiologica il consociato ha pur sempre fiducia nel sistema penale e lo apprezza come strumento a tutela di se stesso e della collettività da fenomeni criminali che lo pongono in allarme. Diversamente, quando questa fiducia nel sistema punitivo vacilla, si incrina, perché se ne percepisce un abuso, il “patto sociale” salta e si sviluppa una nuova, patologica paura (a cui si accompagna il già descritto – nel § 1.1.2 – effetto general-preventivo anomalo).

Brutalizzando, si ha cioè timore di essere *ingiustamente* attinti da un'inchiesta penale o, più in generale, di essere colpiti da una reazione punitiva, formalmente o sostanzialmente penale (attesa la moltiplicazione della tipologia di sanzioni pur sempre, nella sostanza, afflittive). Timore che la propria “opera” individuale venga incorporata in fenomeni di massa da contrastare

³⁵ Sulla non risolutività dello strumento penale, per tutti, Ferrajoli, *Democrazia e paura* cit., pp. 116 ss.

³⁶ Il richiamo è all'efficace intitolazione dello studio di Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, cit.

³⁷ Per la contrapposizione tra “puro popolo” e “élite corrotta”, quale tratto qualificante dell'ideologia populista, si rinvia, per tutti, a C. Mudde, *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, *passim*.

– come quelli legati alla corruzione (nell’accezione ormai rilevante in alcuni ambiti di qualsiasi reato contro la P.A.³⁸), alla criminalità politica, a quella terroristica, mafiosa e anche economica, secondo moduli relazionali spesso intrecciati – e per ciò stesso “coinvolta”³⁹ in vicende penali.

Superfluo aggiungere che i fattori di alimentazione di tale specifica *paura* coincidono con quegli aspetti caratterizzanti il *penal-populismo* “evoluto” di cui sopra si è detto: l’incertezza della norma; l’effettività della repressione⁴⁰ abbinata all’incertezza della norma; la proiezione *massmediatica* della vicenda.

4. Focus *sul comportamento del consociato*

Il profilo, già emerso nella prassi– specie con riferimento alle scelte dell’agente pubblico, costantemente sotto i riflettori – è che l’agente, pur di non “rischiare” di incorrere in procedimenti penali o comunque sanzionatori, si tira indietro ovvero omette di agire. Come dire, meglio evitare di firmare quell’atto, quella delibera: l’omissione, per definizione, implica meno rischi. Oppure, in altri ambiti, egli pone in essere comportamenti in chiave difensiva: ci si difende ancor prima di essere accusati.

L’effetto di prevenzione generale tipico della minaccia della sanzione potrebbe, dunque, sconfinare in un effetto “paralizzante” l’iniziativa individuale o generativo di singolari atteggiamenti difensivi.

L’*identikit* di questo soggetto in preda a una sorta di *ipocondria giudiziaria* corrisponde alla figura del *manager* pubblico o privato, inteso in senso lato,

³⁸ Si intende nell’ambito del pur necessario e utile contesto *stricto sensu* “preventivo” del fenomeno ovvero, per così dire, il “*diritto della prevenzione della corruzione*”, che, introdotto dalla L. n. 190 del 2012, ha il proprio referente nei Piani nazionali anticorruzione elaborati dall’ANAC e si avvale a sua volta di apparati sanzionatori delle relative trasgressioni. Nella prospettiva del diritto penale della repressione *stricto sensu*, il progressivo *enforcemet* (i cui profili di criticità in termini di tassatività e determinatezza delle fattispecie incriminatrici sono evidenziati da V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2018, pp. 1126 ss.) si è arricchito di recente di un ulteriore intervento – la cd. legge “Spazza-corrotti”, L. 9.1.2019, n. 3 – che, oltre ad attuare un nuovo inasprimento sanzionatorio per talune figure, ha introdotto una disciplina più severa delle pene accessorie, la quale, secondo molti, supera i limiti della ragionevolezza (così, tra gli altri, Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit.).

³⁹ Sulla peculiarità del significato assunto da tale termine nel lessico della comunicazione giornalistica si veda Violante, *Populismo e plebeismo* cit., p. 203, il quale osserva come non sia espressivo necessariamente di una posizione direttamente e formalmente interessata da un’indagine ovvero da una comunicazione giudiziaria.

⁴⁰ Nel senso dell’effettività della repressione si muove anche la nuova riforma della prescrizione, contenuta nella L. 9.1.2019 n. 3, che ne prevede il blocco del corso dopo il primo grado di giudizio. Tale strumento rischia, però, in concreto, come da molti sottolineato, di tradursi nella lesione del diritto alla ragionevole durata del processo, che potrebbe diventare potenzialmente infinito, accollando sul consociato i tempi della giustizia (sul punto si veda il testo delle interviste realizzate a V. Manes e T. Padovani, in «Il dubbio» 14 novembre 2018 e 1 novembre 2018).

o anche del professionista; più in generale riflette la fisionomia di chi ricopre, per il tipo di attività che svolge, una posizione economico-sociale alta o medio-alta. Del resto, lo si sa, il rischio-reato è anche un rischio-sociale⁴¹.

Se questo atteggiamento di paura, che “paralizza” o induce a una preventiva difesa, si diffondesse, se fosse cioè registrabile diffusamente, potrebbero aversi conseguenze pregiudizievoli anche su larga scala.

5. *Cenni conclusivi*

Non possiamo esser certi della fondatezza della tesi qui sostenuta, ma un sasso nello stagno è giusto lanciarlo.

Del resto, negli studi antropologici si discute delle *nuove paure*⁴² e si pone l'accento su un loro tratto accomunante: sono tutte oggetto di un intenso sfruttamento mediatico.

Chissà, dunque, se tra queste nuove paure non possa trovare posto, paradossalmente e innaturalmente, quella del diritto punitivo. Se così fosse, il diritto penale *da* tradizionale *arma contro il nemico* rivestirebbe anche *il ruolo del nemico*, confermando la propria propensione all'ambivalenza ovvero manifestando un'ulteriore, forse impensabile, nota ossimorica.

⁴¹ Il riferimento è al sempre attuale studio di Sgubbi sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale: F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, il Mulino, 1990.

⁴² L'espressione richiama volutamente il titolo del saggio di M. Augé, *Le nuove paure. Che cosa temiamo oggi?*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013.

