



## ANNALI 2013 – ANNO I

(ESTRATTO)  
GIUSEPPE LOSAPPIO

*LIBERA NOS A MALO. SULLE TRACCE DELLA PENA RIMOZIONALE*

## DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

## COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

## COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO, GIUSEPPE LABANCA,  
FRANCESCO MASTROBERTI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

## COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO, ANTONIO FELICE  
URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE  
FILIPPI, ARCANGELO FORNARO, IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,  
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI, CONCETTA MARIA  
NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI, FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI,  
LAURA TAFARO, SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

## COMITATO REDAZIONALE

AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

---

### **REDAZIONE:**

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI  
DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO:  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE  
VIA DUOMO, 259 C/O EX CASERMA ROSSAROLL  
74123 - TARANTO  
ITALY  
E-MAIL: FMASTROBERTI@FASTWEBNET.IT  
TELEFONO: + 39 099 372382  
FAX: + 39 099 7340595  
HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG



Giuseppe Losappio

*LIBERA NOS A MALO. SULLE TRACCE DELLA PENA RIMOZIONALE*

<b>ABSTRACT</b>	
<p>Una costante del sistema penale contemporaneo è l'emergenza. La pena dell'emergenza è volta alla rimozione del reo e, attraverso questa eliminazione, coltiva l'illusione di ricostruire una società più sicura. La "rimozione" è l'unica funzione della pena veramente assoluta, ermeticamente chiusa nei confronti di qualsiasi proiezione finalistica ulteriore; la "rimozione" è, dunque, pratica della pena mono-funzionale. Non è, tuttavia, una tendenza uniforme che riguarda indiscriminatamente tutti gli autori e tutti i reati. Distinguiamo situazioni in cui si registra un bisogno di pena rimozionale anche in assenza di meritevolezza di pena; situazioni in cui il bisogno di pena rimozionale corrisponde ad un fatto meritevole di sanzione; situazioni in cui la meritevolezza di pena non è assistita dal bisogno di pena (rimozionale).</p>	<p>Emergency is a typical and steady aspect of contemporary criminal justice systems. In that contexts, criminal law seems focused on the aim to remove the offender and, through this elimination, cultivates the illusion to run to rebuild a safer society. The "removal" function is the only one really absolute, sealed against any further end; therefore, the "removal" function is the unique mono-functional shape of criminal punishment. However, it is not a uniform trend that concerns indiscriminately all the authors and all crimes. We distinguish cases in which there is a strong and high feeling for removal punishment even in the absence of facts that deserve criminal sanction; cases where the feeling for removal punishment face off facts that deserve criminal sanction; cases where facts that deserve criminal sanction is not matched by a strong and high feeling for punishment.</p>
<p><b>Funzioni della pena – Sicurezza – Emergenza – Funzione rimozionale</b></p>	<p><b>Punishment function – Safeness – Emergency – Removal function</b></p>

SOMMARIO. 1. Disordine, emergenza e sicurezza. Costanti e variabili. – 2. L'emergenza permanente, auto poetica e "pura". – 2.a. L'emergenza permanente. – 2.b.L'emergenza autopoietica. – 2.c. La pura emergenza. – 3. La pena nell'emergenza permanente. – 3.a. Combinazioni di meritevolezza e bisogno di pena "rimozionale". – 3.b. Funzioni della pena e pena "rimozionale". – 4. Conclusioni.

1. – Il disordine del sistema penale è un dato acquisito, conclamato, nella gran parte dei sistemi giuridici contemporanei, siano essi governati dal principio di legalità oppure no.

Il disordine imperversa a tre livelli:

– nel rapporto tra ciò che è punibile e ciò che non lo è;

- nel rapporto tra ciò che punito e ciò che non lo è;
- nella quantità di sanzione del punibile e del punito, a livello edittale, di pena comminata e di pena eseguita.

Il disordine, quindi, imperversa ad ogni livello.

Oltre due decenni dopo il monito che lanciò Tullio Padovani agli inizi degli anni '90, possiamo ripetere ancora oggi che la «situazione si prospetta in termini tanto drammatici, che la sua interpretazione più diretta e immediata è indotta a considerarla come un evento di singolarità “epocale”, e cioè il prodotto di una situazione patologica connessa a vicende recenti, uniche e irripetibili». In realtà, come chiosava nella stessa sede l'insigne penalista, nei «suoi elementi strutturali di fondo» la crisi è l'effetto di «mali antichi, radicati nel contesto della stessa riforma illuministica»<sup>1</sup>.

Nulla di nuovo sotto il sole ? No. Inedita, negli ultimi anni, è la miccia del disordine: l'emergenza, o meglio l'approccio emergenziale ai problemi del diritto penale, sia quando si è trattato di istituire “nuove” garanzie, sia quando si è trattato di eliminarle, per lo più in nome della sicurezza: la sicurezza degli amici dal “rischio penale” (anche a suon di leggi *ad personam*<sup>2</sup>), nel primo caso, quella del nemico, *pro tempore*, nell'altro<sup>3</sup>.

Beninteso, anche questo è un fenomeno *agée*<sup>4</sup>; la correlazione emergenza-sicurezza e l'intreccio con il diritto penale del privilegio sono costanti della storia penale, pur manifestandosi in forme e con intensità sempre diverse<sup>5</sup>; specifico del nostro orizzonte temporale è che sicurezza ed emergenza sono cementate dalla crisi permanente nella quale si esprimono l'impossibilità di «far quadrare il cerchio tra creazione di ricchezza, coesione sociale e libertà politica»<sup>6</sup>, le tentazioni autoritarie che la stabilizzazione dell'instabilità comporta, gli effetti iterativi dell'ordine disordinato, per cui i “ricchi sono sempre più ricchi” e i “poveri sempre più poveri”, non solo di risorse economiche ma anche di diritti, garanzie e opportunità di accesso

<sup>1</sup> T.PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 420.

<sup>2</sup> Per tutti E.DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 55

<sup>3</sup> Sulla dialettica “amico”/“nemico” nel diritto penale cfr. in part. F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in ID., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, 1183 (già in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 470. Volendo anche G.LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale. Para los amigos, todo; para los delincuentes, la ley; para los enemigos, nada*, in *Ind. pen.*, 2007, 51 (anche in *Kritik Des Feindstrafrechts*, a cura di T.Vormbaum, Lit Verlag, 2009, 127).

<sup>4</sup> Cfr. ad es. D.PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, Atti del convegno del 20-21 marzo 2009, a cura di Donini M. – Pavarini M., Bonomia University Press, 2011, 118. Pregevoli le ricostruzioni storiche relative alla realtà nazionale di S.MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, E.SI., 1995; TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene, 2001.

<sup>5</sup> Per tutti “in generale” ancora F.MANTOVANI, *Diritto penale*, VIII ed., Cedam, 2013, XXXV.

<sup>6</sup> R.DAHRENDORF, *Economic opportunity, civil society, and political liberty*, trad. it., Laterza, 1995, 14.

ai beni comuni ed a quelli immateriali, sempre più appannaggio esclusivo dei primi<sup>7</sup> (una sorta di socialismo per i ricchi vs un liberismo per poveri<sup>8</sup>).

2. – Così l'emergenza penale assume carattere permanente (2.a.), auto-poietico (2.b.) e di "purezza" (2.c.).

2.a. *L'emergenza permanente.* - Più aumenta *in the fact* la sicurezza, perché aumenta la nostra capacità di difenderci dai rischi, più cresce l'intolleranza nei confronti dell'insicurezza marginale, ovvero dei rischi che riusciamo a rappresentarci ma non a disinnescare. Nell'analisi della sociologia della devianza si parla di *dangerization* ovvero «la tendenza a percepire ed analizzare il mondo attraverso la categoria della minaccia» che «a volte determina la volontà spesso ossessiva di pervenire alla previsione delle future avversità attraverso percezioni pessimistiche e difensive»<sup>9</sup>. Nei termini della grammatica penalistica, vuol dire che al sistema punitivo non si chiede "solo" che non ci siano danni, ma che anche i pericoli siano il più possibile neutralizzati<sup>10</sup>. Scema, nel contempo, la sensibilità per le garanzie, soprattutto, quelle degli altri o meglio dei totalmente altri e viene favorito il *trade-off* a favore dei totalmente "noi". Più la società si fa liquida più l'approccio al diritto penale è "solido"<sup>11</sup>. Il cittadino, nella sua solitudine "globale"<sup>12</sup>, è indotto dal crollo delle certezze (che la rischio-fobia comporta o comunque catalizza) ad (auto)produrre certezza, recuperando quella «prevedibilità operativa che la legge non è più in grado da sola di assicurare»<sup>13</sup>, mediante la consolatoria ma effimera pratica dell'esorcismo penale<sup>14</sup>: *libera nos a malo*.

<sup>7</sup> Anche in questo caso nulla di davvero nuovo sotto il sole. L'incrocio tra liberalismo e capitalismo riposa sull'idea che il denaro ha «una natura feconda e fruttuosa»; ovvero il denaro produce denaro. «Cinque scellini trafficati sono sei, nuovamente impiegati diventano sette scellini e tre *pence* e così via, fino alla somma di cento sterline. Quanto più denaro è presente, tanto più ne produce se impiegato, di modo che l'utile sia sempre di più» (B. Franklin, *Necessary hints to those that would be rich*, 1736. La citazione è tratta da M. WEBER, *Die Protenstantische Ethik und deir Gest des Kapitalismus* (1905-1920), trad. it., XIV ed., Garzanti, 2006, p 72-73. Per converso, la povertà, intesa come assenza di danaro, è sterile, oppure, peggio, è feconda solo di sé stessa

<sup>8</sup> Così V.RUGGERO, *Profili criminologi dell'infiltrazione criminosa dell'economia*, in *Economia e diritto penale nel tempo della crisi*, II Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di diritto penale, Palermo, 15-16 novembre 2013.

<sup>9</sup> M. LIANOS – M. DOUGLAS, *Dangerization and the End of Deviance: the Institutional Environment*, in *The British Journal of Criminology*, 2000 (40), 261 (anche in *Criminology and Social Theory*, a cura di D. Garland – R. Spark, Oxford University Press, 2000). La traduzione citata nel testo è tratta dal *Documento introduttivo*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini – L. Stortoni, Bonomia University Press, 2013, 7.

<sup>10</sup> M.DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 11.

<sup>11</sup> Scontato il riferimento a Z.BAUMAN, *Liquid modernity* (2000), trad. It., Laterza, 2011.

<sup>12</sup> Z.BAUMAN, *In search of politics* (1999), trad. it., Feltrinelli, 2000.

<sup>13</sup> F.SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2001, 1200.

<sup>14</sup> L.STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2004, 72.

Così, nonostante la tutela della sicurezza attraverso il sistema della giustizia penale sia sempre inadeguata, nel senso che non è mai risolutiva dell'insicurezza, la "democrazia penale"<sup>15</sup> assegna proprio al sistema penale il compito di emendarsi dai suoi limiti sovraccaricandolo di ulteriori funzioni che hanno effetti di tutela simbolici e risultati disfunzionali reali, concreti, sotto molteplici punti di vista: se – com'è stato osservato cogliendo l'aspetto più importante del problema – si concepisce la sicurezza come bene pubblico, la sicurezza si «produce e governa ampliando gli spazi di agibilità dei diritti, cioè ampliando la cultura e l'assunzione di rischi»; viceversa la sicurezza come bene privato «fa correre più rischi per garantire di più l'esercizio dei diritti»<sup>16</sup>. Perseguire la prima forma di sicurezza con gli strumenti per realizzare la sicurezza del secondo tipo alimenta l'insicurezza individuale senza alcun vantaggio per la sicurezza intesa come bene pubblico.

2.b. L'emergenza autopoietica. – L'emergenza permanente è autopoietica, è un "idealtipo" di autopoiesi<sup>17</sup>.

Un esempio sembra in grado di illustrare il concetto:

- l'emergenza produce scelte di carcerizzazione;
- il conseguente aumento del numero dei detenuti alimenta, a sua volta, l'emergenza carceraria; il sovraffollamento dei penitenziari sollecita l'adozione di provvedimenti deflattivi, come ad esempio, l'indulto;
- questa "clemenza" senza il perdono delle vittime, senza la pacificazione della società, senza radici e senza futuro (anche per gli autori che beneficiano del provvedimento) sconta il prezzo di "eccitare" nuova emergenza, nuove domande di sicurezza e ulteriori pulsioni rimozionali, quando, com'è pressoché inevitabile, date simili premesse, i nodi verranno al pettine il giorno in cui la libertà senza progetto e senza rete degli indultati condurrà uno di loro a commettere un nuovo reato.

2.c. *La pura emergenza.* - L'emergenza permanente è l'emergenza "in purezza", senza più aggettivi (come la corrispondente vocazione securitaria del diritto penale):

- non più l'emergenza mafiosa, non più l'emergenza terroristica, non più l'emergenza della c.d. droga, ma l'emergenza alimentata dai percolati della società del rischio, come l'impolitica<sup>18</sup> e una sorta di principio generale di insicurezza che

<sup>15</sup> A.GARAPON – D. SALAS, *La République pénalisée*, trad. it., Liberilibri, 1998. Cfr. sul punto in part. M.PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezze nello spazio urbano*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 49.

<sup>16</sup> M.PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezze nello spazio urbano*, cit., 36.

<sup>17</sup> Cfr. C.E.PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze. Prove libere di psicopolitica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 301.

<sup>18</sup> U.BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, 1986, trad. it. W. Privitera – C. Sandrelli, Carrocci, 2000, 260.

alimenta e viene alimentato dalla propensione rischio-fobica della società contemporanea<sup>19</sup>;

– non più, la sicurezza come argomento circoscritto a singoli settori delle leggi speciali o dell'ordine pubblico, ma la sicurezza quale epicentro delle attenzioni penalistiche dei governi e dell'opinione pubblica<sup>20</sup>;

– non più la sicurezza come scopo del diritto penale o riflesso dell'oggetto generico di tutela, ma la sicurezza che tenta/tende ad assurgere al ruolo di bene giuridico, di oggetto di tutela specifico.

3. – I precipitati della sequenza sicurezza-emergenza stimolano da tempo l'attenzione della letteratura penalistica: dall'orientamento a conseguenze eccentriche al “fatto tipico” alla politicizzazione come peccato originale di un uso strumentale della legge penale «che rompe le garanzie, come la distinzione tra misure di sicurezza e pene, tra processo e diritto sostanziale»<sup>21</sup>. In questo contesto, già ampiamente esplorato, da ultimo, anche per effetto delle tensioni innescate dai flussi migratori, sembrano delinarsi inedite torsioni sia nei rapporti tra meritevolezza e bisogno di pena (3.a.), sia sul piano delle funzioni della pena (3.b.).

3.a. *Combinazioni di meritevolezza e bisogno di pena “rimozionale”*. - Le pulsioni che attraversano la società e che alimentano la pena dell'emergenza sono complesse e non prive di intime tensioni dialettiche. L'atteggiamento di ostilità verso il violatore della legge non è affatto uniforme così come disomogeneo è l'approccio alla violazione della legge. Conosciamo situazioni in cui si registra *un bisogno di pena rimozionale anche in assenza di meritevolezza di pena*; situazioni in cui il bisogno di pena rimozionale corrisponde ad un fatto meritevole di sanzione; situazioni in cui la meritevolezza di pena non è assistita dal bisogno di pena (rimozionale).

La prima combinazione si registra nei confronti dei soggetti che non sono considerati nemici perché violano la legge, ma – come dire – violano la legge perché considerati “nemici”. Non sono – come rileva la sociologia della devianza – i soggetti moralmente incorreggibili del passato, sono solo i soggetti che vogliamo evitare, a prescindere da un giudizio sulle loro azioni, perché reputiamo che siano pericolosi,

<sup>19</sup> R.CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce-qu'être protégé*, Edition du Seuil, 2003, trad. it. M. Galzigna – M. Mappelli, Einaudi, 2004, p 59 e ss..

<sup>20</sup> Cfr. M.DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, op loc. cit.; A.CAVALIÈRE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, 43 (anche *In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di Hassemer W. – Kempf E. – Moccia S., Verlag C.H. Beck, 2009).

<sup>21</sup> Cfr. M.DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, op. loc. cit. (ivi ulteriori essenziali riferimenti). Sempre negli atti del convegno in *Sicurezza e diritto penale* (cit.) cfr. in part. le relazioni di W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, 59; W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, 79.



infidi, aggressivi, minacciosi, bari. «*They not need to break rules to be excluded. Their committing an offence is a matter of secondary importance*»<sup>22</sup>. Non sono del bel numero<sup>23</sup>, e tanto basta. Nei loro confronti è massimo il bisogno di pena rimozionale mentre (può anche) manca(re) un fatto meritevole di essere punito. Scontato ma ineludibile il riferimento alla disciplina penale dell'immigrazione clandestina e, in particolare, all'aggravante dell'art. 61, n. 11-*bis* c.p. secondo la quale – prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale – al “clandestino” autore di un reato, solo per questo (come se fosse un evaso ovvero un latitante), era applicabile una pena maggiore.

La pena rimozionale si manifesta anche quando il fatto commesso merita l'intervento del magistero penale, ma è l'“irritazione sociale” *ad personam* che suscita l'autore a far sorgere la domanda di una risposta repressiva “radicale” ed eradicante mentre prevale un approccio più blando (si torna cioè nei confini del “comune” bisogno di pena) se a commettere il medesimo reato sia un cittadino nei confronti di uno straniero.

Nell'una come nell'altra ipotesi, la domanda di pena rimozionale produce gli effetti paradossali, registrati dalla Corte di Giustizia europea con la sentenza 28 aprile 2011, dichiarando la incompatibilità con la normativa comunitaria (Direttiva 2008/115) del reato di illegale permanenza sul territorio nazionale in violazione dell'ordine impartito dal questore di cui all'art. 15, co. 5-ter, d.lgs. 286/98. Gli Stati membri – osservano i giudici “lussemburghesi” – non possono introdurre una pena detentiva al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo. Questa sanzione, in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo comunitario di instaurare una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare, ritardando l'esecuzione della decisione di rimpatrio.

<sup>22</sup> M. LIANOS – M. DOUGLAS, *Dangerization and the End of Deviance: the Institutional Environment*, cit., 263.

<sup>23</sup> «Pinocchio, alla presenza del giudice, raccontò per filo e per segno l'iniqua frode, di cui era stato vittima; dette il nome, il cognome e i connotati dei malandrini, e finì col chiedere giustizia. Il giudice lo ascoltò con molta benignità: prese vivissima arte al racconto: s'intenerì, si commosse: e quando il burattino non ebbe più nulla da dire, allungò la mano e suonò il campanello. A quella scampanellata comparvero subito due can mastini vestiti da giandarmi. Allora il giudice, accennando Pinocchio ai giandarmi, disse loro:

– Quel povero diavolo è stato derubato di quattro monete d'oro: pigliatelo dunque e mettetelo subito in prigione. ... E lì v'ebbe a rimanere quattro mesi: quattro lunghissimi mesi: e vi sarebbe rimasto anche di più, se non si fosse dato un caso fortunatissimo. Perché bisogna sapere che il giovane Imperatore che regnava nella città di Acchiappa-citrulli, avendo riportato una gran vittoria contro i suoi nemici, ordinò grandi feste pubbliche, luminarie, fuochi artificiali, corse di barberi e velocipedì, e in segno di maggiore esultanza, volle che fossero aperte le carceri e mandati fuori tutti i malandrini.

– Se escono di prigione gli altri, voglio uscire anch'io, - disse Pinocchio al carceriere.

– Voi no – rispose il carceriere – *perché voi non siete del bel numero*»: C. COLLODI, *Le avventure di Pinocchio*, Libreria Editrice Felice Paggi, 1883.

La combinazione *basso bisogno di pena-meritevolezza di pena medio/alta* si esprime nei confronti dei reati che appartengono alle aree della «illegalità condivisa» (o, se si vuole, della legalità respinta). Si pensi all'evasione fiscale, all'abusivismo edilizio e persino alla corruzione, soprattutto, quella minore – la corrutela – che si dipana nella rete delle clientele che avviluppa soprattutto il potere politico-amministrativo. Se – com'è stato lucidamente osservato – da un lato sta «un fenomeno imponente nel mondo dei fatti sociali», l'esplosione, in questi ultimi tempi, «di una rinnovata *percezione* di quanto sia pericolosamente diffusa la venalità nell'esercizio dei pubblici poteri», dall'altro dilaga l'assuefazione «alla normalità della tangente, che si innesta in una più ampia indifferenza al rispetto delle regole fondamentali, in primo luogo quelle che dovrebbero regolare i rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati, o forse, oggi soprattutto, tra risorse pubbliche e appetiti privati»<sup>24</sup>.

La stessa combinazione si registra per i reati da iscrivere nelle aree della illegalità scarsamente o confusamente avvertita (salvo che ricorrano le condizioni indicate nell'ultimo allinea). È il caso dei reati contro i c.d. beni adesposti, privi di un titolare in carne e ossa, ovvero dei reati che declinano sul versante penalistico il principio di precauzione, la cui “affermazione” di solito comporta un “sacrificio” per altri interessi che, soprattutto nell'ottica di breve periodo, sono sorretti da un consenso maggiore. Si tratta, ad esempio, dei reati contro l'ambiente, in permanente conflitto *short term* con il lavoro (vedi il caso ILVA) oppure dei reati societari spesso presentati come “rimedi” antitattici al libero esprimersi della magnifiche sorti e progressive del libero mercato. Il bisogno di “pena rimozionale” non coltiva “velleità” preventive, anche quando, occasionalmente attinge ambiti del diritto penale caratterizzati da una più o meno marcata anticipazione della tutela; dimensione, peraltro, che spesso sfugge ai “laici” che sostengono l'azione della magistratura orientata in questa direzione, senza cogliere, per esempio, la differenza che passa tra un reato di pericolo astratto e un reato di evento in senso naturalistico; laici, tuttavia, che non mancano di manifestare *ex post* delusione per un trattamento sanzionatorio inadeguato rispetto al valore in nome del quale si invocava la tutela e soprattutto inidoneo ad esprimere l'effetto “rimozionale” che dalla pena sempre e comunque viene richiesto.

Il bisogno di “pena rimozionale” è solo parzialmente – direi asimmetricamente – innescato dal sentimento della legalità modello “virtù pubbliche-vizi privati”. È il caso della disciplina prostituzione ovvero delle sostanze stupefacenti. Per lo più si tratta di reati «bilaterali impropri», di reati in cui solo uno dei protagonisti della condotta, il fornitore o lo sfruttatore dei “beni” o “del servizio” è punibile, mentre tale non risulta il consumatore/”utilizzatore finale”. In altri termini, chi pecca non paga

<sup>24</sup> A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, 3 (in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)).

con la moneta della pena, s'intende; ad essere punibile è solo chi miete profitti mediante il "bene" o il servizio vietati. Non è necessario conoscere la "psicologia del profondo" per comprendere che, in questi casi, il bisogno di "pena rimozionale" si fa corposo perché riflette e allevia i sensi di colpa dell'utente. Allo stesso "vizioso", lo stigma della pena permette di riversare sullo sfruttatore la propria «ombra»<sup>25</sup> e persino di ricostruirsi come vittima del reato commesso dal primo. Come dire che la pubblica riprovazione dello sfruttatore è il confortevole viatico attraverso il quale il consumatore realizza l'«illusionismo morale» di riconciliarsi con i valori della collettività, di assolversi dal vizio (privato) e quindi rifarsi una «buona coscienza»<sup>26</sup>.

Il bisogno di "pena rimozionale" è acuto e pervasivo (mentre la meritevolezza di pena ha intensità diverse) nei confronti dei reati che appartengono alle aree della illegalità francamente respinta oppure di quella che chiamerei illegalità mediatica o meglio "mediatizzata".

La prima corrisponde, ad esempio, ai delitti di violenza e sottrazione contro il patrimonio, come la rapina e il furto, ovvero, alla reazione innescata dalla minaccia di «specifici interessi»<sup>27</sup>. In questo ambito, i cortocircuiti tra diritto penale ed emergenza non sono quasi mai estranei all'insicurezza dell'avere.

La seconda, invece, fluttua tra le diverse "regioni" del diritto penale man mano che l'attenzione dei media e l'irritazione sociale di riflesso si focalizzano su questo o quel gruppo di reati oppure, a monte, di comportamenti devianti che ancora non conoscono una specifica tipizzazione penalistica. Pensiamo, da un lato, agli infortuni sul lavoro, alla violenza sessuale, al maltrattamento di animali, alla pedo-pornografia, alle frodi sportive (ecc.); dall'altro, al bullismo, al femmicidio, all'omofobia, al negazionismo ecc. (ecc.).

Non si tratta, in entrambi i casi, del vero e proprio affiorare di «*signal crimes*»<sup>28</sup>, quanto piuttosto di ondate emotive innescate dallo straordinario potenziale di costruzione dell'empatia o della antipatia nelle mani dei media; perturbazioni violente e acute di quella "peste emozionale" di una popolazione cloroformizzata a forza di giochi televisivi, di collegamenti calcistici e di *reality show*<sup>29</sup>. Molto spesso, si tratta

<sup>25</sup> Cfr. ad es. E. NAEGELI, *Das Böse und das Strafrecht*, Kindler, 1966, trad. it di L.Fornari, in *La funzione della pena: il commiato da Kant ed Hegel*, a cura di L. Eusebi, Giuffrè, 1989, 58.

<sup>26</sup> V. ancora E. NAEGELI, *Das Böse und das Strafrecht*, cit., p 61-62.

<sup>27</sup> G.H. MEAD, *The Psychology of Punitive Justice*, in *American Journal of Sociology*, 1918, n. 23, 197 (la citazione è tratta da G. FORTI, *Explete poenologi munus novum: dal controllo delle "variabili usurpatrici" alla stimolazione della "flessibilità" del sistema*, in *Silète poenologi in munere alieno !*, cit., 91). Vedi altresì le indagini di A. CERETTI – R. CORNELLI, *Proprietà e sicurezza. La centralità del furto per la comprensione del sistema penale tardo-moderno*, Giappichelli, 2007; P. PRODI, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'occidente*, il Mulino, 2009; P. PRODI – G. ROSSI, *Non rubare*, il Mulino, 2010.

<sup>28</sup> Cfr. ancora G. FORTI, *Explete poenologi munus novum: dal controllo delle "variabili usurpatrici" alla stimolazione della "flessibilità" del sistema*, cit., 92 (ivi ulteriori riferimenti).

<sup>29</sup> G. BERTIN, *Peste emozionale e immaginario sociale in Wilhelm Reich* ([http://www.analisiqualitativa.com/magma/0104/articolo\\_01.htm](http://www.analisiqualitativa.com/magma/0104/articolo_01.htm)).

solo di fiammate estemporanee che, come in una sorta di zapping del sentimento collettivo di legalità, si accendono e si spengono alla medesima velocità in cui, tra un talk show e un altro, cambiamo “canale”<sup>30</sup>.

3.b. *Funzioni della pena e pena “rimozionale”*. - La pena dell'emergenza, la pena dell'esorcismo penale, la pena del *libera nos a malo*, è volta alla rimozione del reo e, attraverso questa eliminazione, coltiva l'illusione di ricostruire la società: «è solo nella pratica della esclusione sociale di alcuni – si è fatto osservare – che il sistema di giustizia penale può produrre maggiore inclusione della maggioranza»<sup>31</sup>.

Quando avverte un bisogno di “retribuzione rimozionale” la società sembra rifiutare l'ipotesi di ricostruire una «simpatia sociale» per il reo<sup>32</sup>. La disponibilità alla solidarietà è semmai circoscritta nei casi in cui colui che ha commesso il reato, o è semplicemente accusato di esserne l'autore, riesce a farsi percepire come la vittima di un sistema ingiusto.

Il bisogno di “pena rimozionale”, inoltre, è indisponibile a qualsiasi alternativa alla cancerizzazione. Nella realtà italiana, un'emblematica testimonianza di questa tendenza è il confuso catalogo di quelli che chiamerei “super-reati”. Sono i delitti<sup>33</sup> per i quali l'esistenza di esigenze cautelari si esprime quasi esclusivamente mediante l'applicazione della custodia in carcere; sono i delitti<sup>34</sup> per i quali, ai sensi dell'art. 4-bis della l. 26 luglio 1975, n. 354, è tendenzialmente vietata la concessione dei benefici dell'assegnazione al lavoro esterno, dei permessi premi e delle misure alternative alla detenzione.

Con l'ascolto che il legislatore, con questi e altri provvedimenti, presta ai bisogni collettivi di “pena rimozionale”, torna in auge e forse viene persino trascesa l'idea – vigorosamente espressa da Foucault – di un carcere che esclude, rimozionale appunto: «la prigione non ha esterno né lacune, non si interrompe, salvo allorché il suo compito» sia «totalmente finito»<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. G. UBERTIS, *Prospettive di indagine sui rapporti tra crimine e televisione*, in *La televisione del crimine*, a cura di G. Forti – M. Bertolino, Atti del Convegno del 15-16 maggio 2003, Vita e pensiero, 2005, XLI.

<sup>31</sup> M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno !*, in *Silète poenologi in munere alieno ! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Atti del Convegno di Macerata del 17-18 gennaio 2005, a cura di Id., Monduzzi Editore, 2006, 23.

<sup>32</sup> F. TRITTO, *La pena nell'insegnamento di Aldo Moro*, in *Aldo Moro e il problema della pena*, a cura di M. Martinazzoli, il Mulino, 1982, 48.

<sup>33</sup> Penso (tra gli altri) agli art. 270-bis (associazioni sovversive), 416-bis (associazione di tipo mafioso), 600-bis (prostituzione minorile), 609-bis (violenza sessuale), 644 (usura), 648-bis (riciclaggio) – ai quali, ai sensi dell'art. 1 della l. 31 luglio 2006, n. 241 non è applicabile l'indulto; sono il delitto di associazione di tipo mafioso e quelli – “aggiunti” dall'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 – di violenza sessuale (artt. 609-bis e successivi del c.)

<sup>34</sup> Penso tra gli altri al “solito” art. 416-bis, agli artt. 600, 601, 602 e 630 c. e a quelli appena citati del d.l. 11/2009.

<sup>35</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), trad. it. di A. Tachetti, Einaudi, 1993, 257

Non da oggi, però la realtà sembra essere persino più cupa, perché – com'è stato osservato – una società che immagina la criminalità del carcere del tutto estranea da sé stessa, è una società che si disinteressa delle funzioni della pena<sup>36</sup>. «Così vediamo – ha scritto George Herber Mead, nel lontano 1918 – la società pressoché senza speranza paralizzata dall'atteggiamento ostile che essa ha assunto verso colui che infrange le sue leggi e non si adegua alle sue istituzioni. L'ostilità verso il reo inevitabilmente porta con sé i sentimenti retributivi, repressivi e di esclusione. Questi non forniscono alcun principio per lo sradicamento del crimine, per la riconduzione del delinquente alle normali relazioni sociali, né per definire i diritti e le istituzioni offese in termini delle loro funzioni sociali positive»<sup>37</sup>.

La “rimozione” è l'unica funzione della pena veramente assoluta, ermeticamente chiusa nei confronti di qualsiasi proiezione finalistica ulteriore; la “rimozione” è mono-funzionale (o meglio praeter-funzionale).

La “rimozione”, infatti, è una struttura “flessibilizzata” alla funzione di escludere il reo dalla società quanto più a lungo è possibile.

La “rimozione”, invero, è una sanzione svincolata dal criterio di proporzione. Un tratto peculiare della “rimozione”, inoltre, è la rigidità; essa, infatti, tende a privare o comunque limitare l'espressione della discrezionalità valutativa del giudice<sup>38</sup>.

La “rimozione”, inoltre, non coltiva ambizioni general-preventive, ma non per questo avalla le prospettive della retribuzione mediante prevenzione. Il bisogno di pena rimozionale nei confronti di alcune categorie di reati (pedofilia, violenza sessuale, abuso di sostanze stupefacenti ecc.) si fonda, invero, sulla pre-comprensione che l'autore da rimuovere con la pena è insensibile all'effetto deterrente della sanzione penale.

<sup>36</sup> L.EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante repressione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1175.

<sup>37</sup> G.H. MEAD, *The Psychology of Punitive Justice*, in *American Journal of Sociology*, 1918, n. 23, 200 (la citazione è tratta da G. FORTI, *Explete poenologi munus novum*, cit., 104). «Non a caso, la tendenza oggi prevalente è quella di spostare le carceri fuori dai centri storici e dalle città. Mai come in questo caso, l'atto del trasferimento corrisponde puntualmente a un desiderio di rimozione. E la rimozione va intesa, qui, in senso propriamente psicanalitico: la coscienza (individuale e collettiva) allontana da sé un fattore di disturbo. Il carcere come meccanismo di difesa, quindi, non solo della propria sicurezza minacciata, ma anche – e soprattutto – del proprio equilibrio instabile a fronte di una pulsione (a trasgredire, deviare, delinquere) non agevolmente controllabile»: L. MANCONI, *Suicidi e atti di autolesionismo: i dati di una ricerca*, in *Golem*, 2003 (1), 5

<sup>38</sup> Si pensi alle disposizioni in materia di “super-delitti”, cui ho fatto cenno in precedenza, oppure ancora ai meccanismi di obbligatorietà o semi-obbligatorietà della recidiva introdotti dalla novella dell'art. 99 del codice penale (disposta dall'art. 4, c. 1, l. 5 dicembre 2005, n. 251). Se proprio si vuole disegnare un parallelo con la disciplina delle misure di sicurezza, alla luce di queste indicazioni, non è certo alla pericolosità sociale che si deve guardare, posto che gli indici dell'art. 133 del c. (art. 203, comma 2), in relazione ai quali deve essere accertata, sono da sempre un terreno di espressione emblematica dei poteri discrezionali del giudice. Il parallelo è possibile, invece, con le “vecchie” ipotesi di pericolosità presunta. Un revival, la cui epifania – oltre vent'anni dopo l'abrogazione dell'art. 204 c. (ad opera dell'art. 31, c. 1, della l. 10 ottobre 1986, n. 663) – è per ciò solo motivo di inquietudine.

La “rimozione”, infine, è ostile – anzi antitetica – all’ipotesi della rieducazione. Quali che siano il vero significato e la reale valenza della finalità rieducativa, certo è che la rieducazione non è possibile senza un ventaglio di strumenti alternativi alla pena, senza, cioè, una «penalità della libertà», e, quindi, «una presa in carico del deviante nella community, nel sociale o ... nel “territorio”»<sup>39</sup>. La società che invoca “retribuzione-rimozione”, all’esatto contrario, è una società che ignora la lezione di Camus: «Quando saremo tutti colpevoli, ci sarà la democrazia»<sup>40</sup>. La società che invoca la “rimozione” è una società infantilmente egoistica che utilizza la pena per consolidare la «crescita di una divisione sociale e culturale tra “noi” e “loro”»<sup>41</sup>; la società della pena rimozionale è una società che concepisce la pena in termini di «soppressione-neutralizzazione», carcere a vita o morte che sia<sup>42</sup>.

4. – Ho piena consapevolezza del carattere rapsodico di queste tracce, così come sono consapevole che il rapporto fra pena e società è assai complesso, non solo per la molteplicità dei fattori che lo costituiscono e lo influenzano, ma anche perché non segue binari, non percorre direttrici facilmente ricostruibili, è instabile, attraversato da continue tensioni, contraddizioni e aporie.

È magma; non è marmo.

Ralf Dahrendorf, oltre quindici anni fa, racconta un episodio che in qualche modo riesce a raccogliere o comunque ad evocare buona parte dei capi del nodoso problema appena tratteggiato: «quando accadde che a Singapore un giovane americano (che aveva distrutto delle automobili) fu condannato alla fustigazione, in Occidente insieme alle vibrato proteste ci fu anche molta maligna soddisfazione privata. La pena della fustigazione, si disse nei bar di mezza Europa, andrebbe reintrodotta anche da noi; bisognerebbe dare più poteri alla polizia, rendere più dura la vita carceraria, ripristinare la pena di morte»<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno !*, cit., 15.

<sup>40</sup> A. CAMUS, *La chute*, trad. it. di S. Morando, Bompiani, 1993, 76

<sup>41</sup> D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, trad. it. di F. Gibellini, Il Saggiatore, 2004, 298.

<sup>42</sup> M. ZINCANI, in *Silète poenologi in munere alieno ! Teoria della pena e scienza penalistica*, cit., 179.

<sup>43</sup> R. DAHRENDORF, *Economic opportunity, civil society, and political liberty*, cit., 53.

