

LE TOSSINE DEL POPULISMO PENALE E GLI
STRUMENTI DI CONTRASTO: LEGGENDO
GIUSTIZIA E POLITICA DI LUIGI FERRAJOLI *



Lucia Risicato **

SOMMARIO 1. La crisi del modello garantista della giurisdizione penale e le sue cause. Il dissesto del linguaggio legislativo — 2. Il mutamento della questione criminale e il mutamento della criminalità — 3. La crisi della legalità come crisi profonda dello stato di diritto — 4. Populismo, ossessioni securitarie ed euristica della paura — 5. Il diritto penale del nemico: la criminalizzazione dello straniero come cifra ideologica del diritto penale della diseguaglianza. I reati di solidarietà — 6. La crisi del sistema punitivo, l'ossessione carcerocentrica e l'ergastolo ostativo. La disumanizzazione della pena detentiva — 7. Le vie d'uscita: per una rifondazione della legalità penale — 8. Riserva di codice e riserve di leggi organiche. Il principio di offensività come criterio guida della penalizzazione — 9. Il superamento dell'ossessione carcerocentrica — 10. Il diritto penale minimo e i reati "criminogeni" — 11. La necessità di rendere efficace ed universale il diritto penale internazionale. I "crimini di sistema" — 12. Spunti per una rifondazione della cultura giuridica e politica.

1. La crisi del modello garantista della giurisdizione penale e le sue cause. Il dissesto del linguaggio legislativo

Vorrei partire da una riflessione recente di Gustavo Zagrebelsky: «tutte le opere umane sono caduche, e la democrazia è tra queste. Non c'è da illudersi. Per chi crede che la democrazia porti in sé un valore politico, e perciò, quando già esiste, meriti di essere difesa e promossa, una sola cosa ragionevolmente può essere fatta: allontanarne, giorno per giorno, il momento della caduta. È un compito da castori»¹.

Il volume di Luigi Ferrajoli² descrive la profonda crisi del nostro stato di diritto, le sue cause, le sue involuzioni, sullo sfondo di un pianeta in crisi per gli effetti devastanti della globalizzazione, del cambiamento climatico, delle guerre, dei populismi, delle diseguaglianze, dei molti sommersi e dei pochi salvati. L'Autore non

* Testo, con aggiunta di note, dell'intervento svolto durante l'incontro su *Crisi e rifondazione del garantismo penale*, tenutosi il 30 maggio 2024 presso la Sala delle Conferenze di UnitelmaSapienza.

** Professoressa ordinaria di diritto penale nell'Università di Messina.

¹ G. ZAGREBELSKY, *Il mutamento genetico della democrazia*, in AA.VV., *La biblioteca di Raskolnikov*, a cura di S. Fiori, Torino, 2024, 161.

² L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari-Roma, 2024.

si limita ad analizzare con estrema lucidità il momento di buio istituzionale che stiamo da decenni attraversando, ma propone antidoti sistemici per un'autentica rifondazione della cultura giuridica e politica. Utopia? Se anche fosse, le utopie meriterebbero attenzione e rispetto, perché Dworkin evidenzia come ci aiutino a prendere le misure del possibile³.

Viviamo in un'era di profonda regressione della politica, subalterna ai mercati e intossicata da scorie autoritarie: «il suo principio informatore è diventato la cosiddetta governabilità, che vuol dire semplificazione e verticalizzazione dei sistemi politici, emarginazione dei parlamenti, crollo della rappresentanza, impermeabilità alle domande sociali di giustizia, mani libere nell'aggressione ai diritti sociali e del lavoro in ossequio alle direttive dei mercati in materia fiscale e, conseguentemente, discredito e rifiuto sociale della politica»⁴.

L'Italia degli ultimi trent'anni ha visto un mutamento profondo e regressivo del sistema politico, che ha investito tanto le istituzioni politiche che quelle giudiziarie di garanzia. Beninteso, la crisi della politica ha interessato molti altri paesi occidentali, ma si è manifestata in Italia «con caratteri specifici e sotto molti aspetti più gravi e perversi»⁵. Il mutamento in senso antigarantista delle istituzioni giudiziarie ne è stata una diretta conseguenza.

La c.d. prima Repubblica, con i grandi partiti di massa, è crollata sotto i colpi delle inchieste sulla corruzione. Le nuove forze politiche sono state tutte accomunate dalla loro tendenziale identificazione con un leader e dalla subalternità a grandi poteri economici privati. Ne è derivata una svolta liberista con misure fiscali di detassazione dei ricchi, con politiche antisociali di smantellamento del *welfare* e di svalutazione e precarizzazione del lavoro.

Il fattore istituzionale più rilevante che ha favorito questi fenomeni è stato il

³ R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2007.

⁴ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 72. Assai critico verso la c.d. "governabilità" è anche G. ZAGREBELSKY, *Il mutamento genetico della democrazia*, cit., 169: «non ci si sofferma abbastanza sul significato di questa parola e sul rovesciamento degli ideali della democrazia che essa comporta: dall'autogoverno del popolo al popolo che ha da essere governato: governabile non è colui che sa e può governarsi da sé, ma è colui che deve essere sottoposto a un governo efficace, perché da solo non è capace o perché gliene si nega la capacità. Si ripropone, in forme nuove e per ora attenuate, il conflitto che già si conobbe negli anni precedenti il fascismo, il quale si presentava come alternativa alla degenerazione democratica. La realtà è deludente e invalida l'ideale. Così la democrazia mostra il suo carattere camaleontico: democrazia autoritaria, democrazia illiberale, democrazia maggioritaria, democrazia, democrazia populista; post-democrazia».

⁵ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 119.

venir meno della separazione tra i poteri che sono alla base del costituzionalismo di ogni democrazia.

Nel nostro paese lo stato sociale si è intriso di burocrazia. Ne è derivata una produzione alluvionale, caotica di leggi, regolamenti, istituti e prassi amministrative. Nella materia penale, non possono non notarsi l'abuso della decretazione d'urgenza – anche nella clamorosa assenza di necessità ed urgenza – ed il dissesto del linguaggio legislativo, che offende la tassatività delle incriminazioni ed incrementa il creazionismo giudiziario. Le norme penali di nuovo conio tendono a perdere i loro connotati di precisione trasformandosi in strutture complesse e farraginose⁶ che generano confusione nei destinatari e cicli tortuosi di interpretazioni correttive da parte dei giudici ordinari e della Corte costituzionale. Ne derivano slabbrature, testi polisemici, fuorvianti, sciatti e talora persino errati: è l'epoca della *tipicità debole*, rarefatta, in cui la norma, con pericolosa inversione concettuale, è affidata al giudice per un'indispensabile delimitazione dell'ambito applicativo.

2. Il mutamento della questione criminale e il mutamento della criminalità

La crisi profonda della legalità penale ha determinato un mutamento della questione criminale. La criminalità individuale è in netto calo, come in calo vertiginoso è il numero degli omicidi dolosi commessi in Italia⁷. Il nostro paese è uno dei più sicuri del mondo, e tuttavia le politiche vertono ossessivamente sul totem della sicurezza: la paura del crimine è più potente del crimine stesso⁸. Appare invece cresciuta, e di parecchio, la criminalità dei potenti. Ferrajoli distingue tra *poteri*

⁶ Per tutti, L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli, 2017, 140. Il crollo della legalità penale è stato determinato da «una patologica inflazione legislativa, in forza della quale le leggi penali speciali e le figure di reato si contano ormai in migliaia. All'inflazione legislativa si è aggiunto il dissesto del linguaggio legale, che si manifesta in leggi formulate in termini oscuri, equivoci e polisemici, talora articolate in innumerevoli articoli e commi che danno luogo, con continui rinvii a norme che a loro volta rinviano ad altre norme, a intricati e tortuosi labirinti normativi e a complicati sistemi di scatole cinesi. Ne è seguito il collasso del principio di legalità e una regressione del nostro sistema penale all'incertezza e all'arbitrarietà che furono proprie del diritto giurisprudenziale premoderno».

⁷ In argomento, per tutti, A. CERETTI – R. CORNELLI, *Oltre la paura. Affrontare il tema della sicurezza in modo democratico*, Milano, ed. 2018.

⁸ Per approfondimenti v. R. BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018.

criminali (criminalità organizzata in ogni sua declinazione), *crimini dei poteri* (in special modo dei pubblici poteri: peculato, corruzione, concussione) e *crimini di sistema*. Questi ultimi non sono trattabili dal diritto penale, pur essendo ad esso interconnessi, ma sono più catastrofici per il genere umano dell'intero insieme dei delitti⁹.

Queste forme di criminalità presentano aspetti totalmente nuovi rispetto al passato. Esse non sono messe in atto da individui deboli o emarginati, ma da soggetti di solito bene integrati sul piano politico ed economico, sono spesso in cointeressenza tra loro e non di rado sono invisibili o restano impunte: si crea così una sorta di infra-diritto, con un sistema di regole e codici cresciuti *al di sotto* dello stato di diritto e degli ordinamenti costituzionali.

3. La crisi della legalità come crisi profonda dello stato di diritto

I tre principali fattori di crisi della legalità penale sono, come abbiamo già accennato, il collasso del principio di stretta legalità, l'inflazione legislativa ed il dissesto del linguaggio normativo. La crisi della legalità si è intrecciata a quella della politica, che ne è la causa, e a quella della giurisdizione, che ne è l'effetto. Ciò ha implicato una lunga serie di effetti regressivi: la trasfigurazione degenerativa dei partiti politici, lo sviluppo dei populismi (berlusconiano, renziano, grillino e post-fascista), lo svuotamento della rappresentanza - favorito dall'adozione di sistemi elettorali di dubbia costituzionalità - e anche l'impropria legittimazione politica di una magistratura vista come istituzione di difesa della morale pubblica, avallata dal consenso popolare. Sullo sfondo si collocano l'atteggiamento sensazionalista dei *media* ed il furore colpevolista dell'opinione pubblica.

Le conseguenze della crisi della legalità penale sono pesantissime sulle libertà fondamentali e sulla tenuta dello stato di diritto: «il principio di stretta legalità è l'architrave di qualunque sistema democratico e garantista»¹⁰.

⁹ V. meglio *infra*, § 11.

¹⁰ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 141: «È chiaro che una legalità dissestata quale è quella prodotta dalla deriva inflazionistica e dalla disfunzione del linguaggio penale equivale ad una pesante ipoteca sulle libertà delle persone, da essa affidata all'arbitrio interpretativo dei giudici. Sul principio di legalità penale quale predeterminazione tassativa dei comportamenti punibili si basa inoltre l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, cioè l'esclusione di trattamenti diversi generati da opposte interpretazioni dei medesimi testi normativi. Infine, sul principio di legalità si fondano la soggezione dei giudici alle leggi, la separazione dei poteri, l'indipendenza del potere giudiziario e, in democrazia,

4. Populismo, ossessioni securitarie ed euristica della paura

Gli interventi legislativi di matrice penalistica degli ultimi trent'anni svelano un ricorrente dato comune, tradendo una tendenza all'uso *strumentale*, *simbolico* e *pletorico* del diritto penale.

Strumentale perché il diritto penale recente è diventato inequivocabile *medium* di politiche criminali di tolleranza zero verso i “diversi”: i “nemici” dell'ordine, della sicurezza, del decoro delle strade e – nel senso più ampio del termine – della nostra “cultura”.

Simbolico perché la tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici si traduce sempre più spesso in previsioni farraginose, irragionevoli e non di rado pesantemente sanzionate, oscure dal punto di vista teorico ma – ancor più – da quello applicativo e spesso caratterizzate da un'anticipazione a dir poco generosa della tutela penale (eloquente l'incriminazione progressivamente più ampia delle condotte collaterali al fenomeno associativo nel contrasto al terrorismo internazionale).

Pletorico perché la proliferazione delle norme penali di nuovo conio si affianca in modo troppo frequente all'ambito di operatività per dir così “naturale” dell'illecito amministrativo punitivo o a quello delle misure di prevenzione. Alcuni di questi strumenti si collocano normalmente al di fuori dal campo strettamente penalistico, ma la loro capacità di incidere sui diritti individuali segnala la necessità di vagliarli alla luce del sistema di garanzie proprio del diritto penale.

Lugi Ferrajoli parla di «uso demagogico e congiunturale del diritto penale, diretto a riflettere e ad alimentare la paura quale facile fonte di consenso a leggi manifesto, tanto inefficace ai fini della prevenzione dei fenomeni criminali quanto illiberali e promotrici di un diritto penale massimo, disuguale, classista e pesantemente lesivo di diritti fondamentali»¹¹.

La sicurezza e le misure securitarie sono il terreno privilegiato delle campagne populiste della paura, i cui unici effetti sono la regressione generale delle garanzie, della politica, della giurisdizione e soprattutto del diritto penale¹².

L'invasione delle recenti scelte di incriminazione rivela, da un lato, la

la stessa rappresentatività politica del legislatore. Una legislazione pletorica, confusa, equivoca e contraddittoria, infatti, non è in grado di stabilire i confini del potere giudiziario, impedendogli le invasioni di campo nella sfera degli altri poteri, né tanto meno può essere concepita come espressione della volontà politica della maggioranza parlamentare».

¹¹ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 141-142.

¹² V., per tutti, F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, Napoli, 2020.

connessione cruciale tra scelte di politica criminale e modelli di democrazia e, dall'altro, la crescente atrofizzazione di fondamentali diritti di libertà: del "cittadino" come del "nemico". Il cittadino accetta una restrizione delle sue libertà in nome della "sicurezza"; il "nemico" viene per contro privato di ogni *status*: non solo di cittadino, ma persino di essere umano (si pensi alle involuzioni arretrate - a livello internazionale - da vicende come quelle di Guantanamo e di Abu Ghraib sul piano della tenuta elementare dei diritti umani).

In rapporto a quest'ultimo profilo la sensazione netta – e affatto rassicurante – è quella del ritorno a un diritto penale fondato sull'esigenza di neutralizzare categorie di soggetti socialmente pericolosi (*il recidivo, il clandestino, il terrorista*): d'altronde, lo schema del diritto penale del nemico altro non è che il vecchio schema del "nemico del popolo" di staliniana memoria e, per altro verso, il modello penale nazista del tipo d'autore (*Tätertyp*). E si riallaccia a una tradizione antica e ricorrente di dispotismo penale inaugurata dai *crimina maiestatis*.

Nei confronti del diritto penale del nemico si sono registrati due atteggiamenti *prima facie* non conciliabili: quello di chi, ritenendo il rispetto dei principi di legalità e di colpevolezza (oltre che della presunzione d'innocenza) un valore non negoziabile, ha *a priori* negato qualunque tipo di legittimazione al *Feindstrafrecht* e quello di chi pare riconoscerne – in prospettiva storica – una qualche astratta plausibilità. Diventa allora necessario comprendere quale sia l'autentico significato dell'espressione "diritto penale del nemico".

5. Il diritto penale del nemico: la criminalizzazione dello straniero come cifra ideologica del diritto penale della diseguaglianza. I reati di solidarietà

È proprio il paradigma desumibile dalle caratteristiche strutturali del diritto penale del nemico a rivelare l'assoluta incompatibilità *logica, funzionale e ideologica* di questo modello di incriminazione col diritto penale di ispirazione liberale, a prescindere dall'atteggiamento – garantistico o storicistico – con cui lo si esamini. Il "codice genetico" del *Feindstrafrecht* si fonda, in particolare, su tre elementi degni di nota:

1) l'appartenenza dell'autore a una categoria soggettiva: lo *status* del soggetto attivo diventa elemento costitutivo di quell'*identità* dell'autore rilevante ai fini dell'instaurazione di una relazione "nemicale";

2) la *de-giurisdizionalizzazione* del processo di applicazione della risposta sanzionatoria come conseguenza della criminalizzazione di uno *status*. In effetti, «una

volta che non sia in gioco l'accertamento della responsabilità individuale per la commissione di un fatto, l'esigenza di un *giudizio* da parte di un organo terzo viene meno»;

3) l'adozione di una risposta sanzionatoria che tende all'esclusione/eliminazione/neutralizzazione del nemico, sia attraverso l'esorbitanza dei limiti edittali di pena che col divieto assoluto di benefici penitenziari.

La combinazione di queste caratteristiche¹³ determina, com'è stato attentamente osservato, un processo di *militarizzazione* del diritto penale¹⁴ rispetto a specifiche forme di criminalità – come quella di matrice terroristica – difficilmente contestualizzabili *a priori* e fondate su un'ostilità a sua volta radicale¹⁵ ma atipica (può definirsi “guerra” quella al terrorismo o non si tratta, piuttosto, di una lotta senza quartiere sottratta a leggi e convenzioni internazionali secondo lo schema del “nemico asimmetrico”?).

Da qui alla naturale espansione dello strumento penale verso la ricerca di *altri nemici* della società il passo è breve¹⁶. Le norme – anche penali - in materia di immigrazione clandestina confermano questa impressione, dando la stura alle supposizioni più diverse: chi è il nemico, lo “straniero” che ancor oggi suscita inquietudine nelle società postmoderne¹⁷? Solo il terrorista o non anche il

¹³ I dodici indici di cambiamento legati alla crescita della cultura del controllo e le loro cause sono stati ben evidenziati, a livello criminologico, da D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit. Tra essi merita un cenno la questione della *commercializzazione del controllo del crimine*: in un'economia di mercato anche il crimine diventa business, determinando un'imponente espansione dell'industria (pubblica e privata) della sicurezza. Sul punto, v. anche D. GARLAND, *Pena, controllo sociale e modernità*, in AA.VV., *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, a cura di A. Ceretti, Milano, 2005, 20 e ss.

¹⁴ M. DELMAS-MARTY, *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano?*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2/2007, 21 e ss.

¹⁵ V., in generale, H. JONAS, *Tecnica, Medicina ed Etica*, Torino, 1997, in riferimento alla c.d. *euristica della paura*, di cui il *Feindstrafrecht* sembra – per taluni aspetti – la proiezione giuridica.

¹⁶ Cfr., da un punto di vista squisitamente sociologico, I. HACKING, *Categorie di persone: un bersaglio mobile*, in *La Rivista delle politiche sociali*, fasc. 3/2009, 265 e ss.

¹⁷ V. Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999. Rifacendosi a Lévi Strauss, Bauman rievoca le due strategie alternative e complementari impiegate ciclicamente dalle società per la “neutralizzazione” dello straniero: «la prima era *antropofagica*: consisteva nell'annullare gli stranieri *divorandoli* per poi metabolizzarli al fine di renderli una copia perfetta di sé stessi. Questa era la strategia dell'*assimilazione*: rendere simile il dissimile; soffocare le distinzioni culturali o linguistiche; proibire tutte le tradizioni e i legami ad eccezione di quelli che favorivano il conformismo verso il nuovo e pervasivo ordine; promuovere e rinforzare il solo e unico criterio della conformità. La seconda strategia era *antropoemica*: *espellere* gli stranieri, esiliarli dai limiti del mondo ordinato e impedire loro ogni comunicazione con chi sta dentro. Questa era la strategia dell'*esclusione*: confinare gli stranieri all'interno delle mura ben visibili del ghetto o dietro gli invisibili e non meno tangibili, divieti di

brutto/sporco/cattivo (*clochard*, clandestino, extracomunitario)¹⁸? Il ritorno della *kalokagathia* evidenzia l'involuzione, anche sul piano penalistico, delle moderne categorie di giudizio¹⁹. Procedendo su questa strada, è agevole comprendere come la repressione penale dell'immigrazione clandestina sia divenuta «cifra ideologica del diritto penale della disegualianza»²⁰.

Ferrajoli evidenzia, da par suo, come l'aspetto «più immorale delle politiche contro i migranti è stato raggiunto con una mutazione dello stesso populismo punitivo: la promozione del consenso non più nei confronti di inasprimenti di pena, inutili ma pur sempre legali, contro comportamenti pur sempre penalmente illeciti come i reati di strada, bensì, esattamente al contrario, nei confronti di politiche esse stesse illegali, consistenti in violazioni massicce dei diritti umani, che hanno criminalizzato comportamenti non solo leciti ma altamente morali. È stata creata l'incredibile classe dei *reati di solidarietà*, come le varie figure di favoreggiamento umanitario, e non a fini di lucro, dell'ingresso o della permanenza irregolare in Italia, o l'offerta di lavoro a un extra-comunitario irregolare, o l'alloggio dato a uno straniero che al momento della stipulazione del contratto di locazione sia privo del titolo di soggiorno»²¹.

Si è detto, con efficace provocazione, che l'espressione «diritto penale liberale» sarebbe tendenzialmente ossimorica, considerati natura e scopi dello *ius terribile*: l'«in

condivisione, connubium e commercium; «compiere un rituale di purificazione» attraverso l'espulsione degli stranieri oltre le frontiere del territorio amministrato; o, quando nessuna delle due misure era applicabile, distruggere gli stranieri fisicamente.

L'espressione comune delle due strategie si manifestò nello scontro tra la versione del progetto moderno di stampo liberale e quello di stampo nazionalista/razzista».

¹⁸ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 556: «i discorsi sulla sicurezza tendono pericolosamente a dividere il mondo in campi contrapposti: da un lato i cattivi (spesso brutti e sporchi) che mettono in pericolo la sicurezza, dall'altro lato i cittadini perbene, preoccupati della loro sicurezza». Le politiche securitarie oggi dominanti possono essere lette in quest'ottica: prosecuzione di una tendenza in corso da tempo, che ha preso corpo in paradigmi alternativi a quello universalistico che sta alla base di una civiltà giuridica fondata sulla ragione e sui diritti dell'uomo. «Non un diritto penale classicamente e compattamente autoritario, ma un diritto che differenzia tra noi e loro, tra i salvati e i sommersi, fra i normali cittadini (destinatari della protezione legale dal crimine), e i criminali da neutralizzare con qualsiasi mezzo. Un sistema «a doppio binario»: garantista e securitario per noi, repressivo per loro».

¹⁹ Un'interessante indagine sul ruolo che il diritto (anche) penale ha giocato e può giocare nel sostenere processi sociali di stigmatizzazione, esclusione e *deumanizzazione*, destinati a condurre all'espulsione (anche terminale) di individui considerati come *non persone* è stata, di recente, condotta da A. VISCONTI, *Memoria e comprensione dell'altro tra difesa sociale e garanzie individuali: la prospettiva giusletteraria per un diritto penale democratico*, in *Jus*, 1/2017, 37 e ss.

²⁰ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 557.

²¹ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 152.

sé” del diritto penale esprimerebbe fatalmente una visione sociale sfociante in un giudizio di disapprovazione da parte dell’intera comunità²². L’osservazione coglie indubbiamente nel segno, specie ove si voglia ravvisare ancor oggi la peculiarità della sanzione penale nella violazione del “minimo etico”²³, ovvero nella disapprovazione etico-sociale emessa per conto della comunità. E tuttavia, anche ove si volesse aderire a siffatta impostazione (adottando un criterio di legittimazione dell’intervento penale talora addirittura antitetico rispetto al parametro dell’*offensività*), non si potrebbe prescindere dall’individuare una persona umana *responsabile* come destinataria di un *rimprovero* per un *fatto* commesso²⁴. Laddove il fatto non può mai essere identificato in un generico pericolo per la sicurezza o in istanze generalpreventive collegate (esclusivamente) alla condizione soggettiva dell’autore.

6. La crisi del sistema punitivo, l’ossessione carcerocentrica e l’ergastolo ostativo. La disumanizzazione della pena detentiva

Il populismo penale si riversa su contenuto e scopi della pena: il “furore punitivo” teorizzato da Didier Fassin²⁵ rende il legislatore italiano incapace di emendarsi da una vera e propria ossessione carcerocentrica, senza pensare – come i principi costituzionali di riferimento imporrebbero – alla pena detentiva solo come *extrema ratio* da riservare solo a reati di particolare gravità (soluzione, questa, che consentirebbe di risolvere anche il dramma del sovraffollamento carcerario, che è ancora più inspiegabile se pensiamo al drastico calo dei delitti dolosi in Italia).

Fatto sta che oggi in Italia c’è la pena *occulta* e *mistificata* delle strutture di trattenimento e accoglienza per i migranti.

C’è una pena *classista*: quasi il settanta per cento dei detenuti è recluso non per colpa ma per *status*, trattandosi di tossicodipendenti e stranieri. Punire qualcuno per ciò che *fa* e non per ciò che *è* non risponde a nessuna logica, nemmeno rieducativa:

²² G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, 331: «la pena è infatti qualcosa che evoca l’intero, la totalità, anche di coloro ai quali viene inflitta. Una totalità che nasce dalla sua complessità di istituzione sociale».

²³ G. JELLINEK, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2ª ed., 1908, 45.

²⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008, 160.

²⁵ D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it. di L. Alunni, Milano, 2017.

perché dal carcere non si può uscire *non più straniero* o *non più tossicodipendente*. Né si recupera una qualche logica alla carcerazione abbandonando il finalismo rieducativo della Costituzione per adottare un'idea *vendicativa* della detenzione carceraria. Il carcere contemporaneo ha una caratteristica paradossale. Contiene, infatti, una maggioranza di detenuti che non dovrebbero stare in galera e per i quali occorrerebbero, invece, luoghi d'accoglienza, di cura, di vita, di comunità, di mille altre ipotesi d'integrazione, ma non uno spazio chiuso²⁶. Il carcere come luogo di separazione dal mondo, semmai, dovrebbe – è bene ribadirlo – essere riservato soltanto alle persone che hanno uno spessore criminale robusto o che hanno commesso reati contro la persona o contro l'ambiente, o reati economici o truffe finanziarie particolarmente gravi.

C'è poi la pena estrema del carcere duro e dell'ergastolo ostativo *ex art. 41 bis* o.p., che inasprisce il divario costituzionale pregresso tra pene perpetue e divieto di trattamenti contrari al senso di umanità *ex art. 27*, comma 3, Cost.

La nostra Corte costituzionale, fin dal 1974²⁷, ha avviato una relazione ossimorica con l'ergastolo, che è costituzionalmente legittimo in quanto...non esista, potendo in concreto l'ergastolano ottenere la liberazione condizionale dopo aver scontato ventisei anni di pena. Nello stesso senso si è indirizzata la giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha efficacemente parlato di un irrinunciabile *diritto alla speranza*²⁸.

²⁶ In argomento A. PUGIOTTO, *Volti e maschere della pena*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Roma, 2013, *passim*.

²⁷ Corte cost., sent. 22 novembre 1974, n. 264, in *www.giurcost.org* e in *Giust. pen.*, 1975, 33 e ss., con nota di G. TORREBRUNO.

²⁸ Le pronunce della Corte Edu in materia di pena perpetua ribadiscono, in modo più esplicito, quanto già anticipato a suo tempo dalla nostra sentenza costituzionale 264/1974: nel 2008 la *Grande Chambre*, nel caso *Kafkaris contro Cipro*, ha affermato che la pena dell'ergastolo non contrasta con l'art. 3 della CEDU (secondo cui "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o a trattamenti inumani o degradanti") nella misura in cui i singoli ordinamenti *prevedano istituti che consentano la liberazione anticipata*. Più in generale, la giurisprudenza europea "pre-Viola" ha avviato un processo di erosione dell'ergastolo parallelamente all'affermazione di un *diritto alla speranza*, che appartiene intimamente alla dimensione di umanità della nostra esistenza e per ciò solo non può ingenerare discriminazioni tra tipologie "ordinarie" e "straordinarie" di ergastoli e tra le discipline nazionali dei Paesi dell'Unione.

La sentenza *Viola contro Italia* ha valore fondamentale per due ordini di ragioni: non è solo la prima pronuncia sulla conformità dell'ergastolo *ostativo* con i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, ma evidenzia il chiaro contrasto tra presunzioni assolute di pericolosità e art. 3 CEDU. In argomento v., tra gli altri, E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 925 e ss., e T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il*

Speranza negata all'ergastolano ostativo non collaborante, *rectius*: riconosciuta come doverosa dall'ordinanza "timida" n. 97/2021 della Corte costituzionale²⁹ e resa, di fatto, irrealizzabile da un intervento a gamba tesa del governo in carica. Il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 ha accorpato il tema dell'ergastolo ostativo alla sgangherata e severissima repressione dei *rave party*, al reintegro dei medici no-vax e al rinvio dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022. Gli articoli da 1 a 4 del decreto n. 162/2022 hanno introdotto nuove disposizioni sullo statuto dei reati ostativi, andando molto al di là delle indicazioni fornite dall'ordinanza costituzionale n. 97/2021. La disciplina delle condizioni per essere ammessi ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale è estremamente restrittiva. L'allegazione dei requisiti richiesti per la concessione della liberazione condizionale all'ergastolano non collaborante si traduce in un'autentica *probatio diabolica*, avente ad oggetto «elementi specifici, *diversi e ulteriori* rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, alla mera dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o il contesto nel quale il reato è stato commesso nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi».

Muta *in peius* pure l'arco temporale necessario alla maturazione dei presupposti per la concessione del beneficio: la soglia si innalza infatti a *trent'anni* rispetto ai ventisei previsti dalla legge n. 663/86 e persino rispetto ai ventotto indicati in origine dalla legge 25 novembre 1962, n. 1634. L'estensione della durata della libertà vigilata muta, a sua volta, da cinque a ben dieci anni, confermando la natura irragionevole della disparità di trattamento tra detenuto collaborante e non collaborante. È poi infelicitemente scomparso – salvo che nelle disposizioni transitorie - il riferimento ai casi in cui la collaborazione sia *impossibile* o *irrilevante*, col risultato che il non collaborante "per forza maggiore" è oggi equiparato *in malam partem* al non collaborante per scelta nella disciplina dei gravosi presupposti per l'accesso alla liberazione condizionale.

La disciplina sull'accesso alla liberazione condizionale dell'ergastolano ostativo non collaborante non ha subito modifiche di rilievo durante la conversione in legge

caso Viola contro Italia: *sul fulcro della dignità dell'uomo, la Corte Edu boccia ogni pregiudizio ostativo nel percorso rieducativo del condannato*, in *Ordine int. e dir. umani*, 2018, 638 e ss.

²⁹ Su cui, volendo, L. RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte Cost.*, ordinanza n. 97/2021, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2/2021, 653 e ss.

(l. n. 199 del 30 dicembre 2022) del decreto-legge in questione.

La vicenda dimostra come parlare di ergastolo ostativo resti, nell'opinione pubblica, un imbarazzante tabù: il carcere duro, piaccia o non piaccia, è diventato il simbolo della lotta alla criminalità mafiosa, ed ogni critica ai suoi meccanismi perentori implica lo sgradevole equivoco della confusione tra garantismo e indulgenzialismo. E dimostra ancora una volta l'elevata inopportunità dell'uso del decreto-legge in materia penale, soprattutto ove siano immaginari – come in questo caso – i requisiti della necessità e dell'urgenza.

Ferrajoli afferma anche l'illegittimità del diritto punitivo *ante e praeter delictum*, e segnatamente delle misure di prevenzione *personali*, vere e proprie pene senza delitto³⁰ incompatibili col volto costituzionale del sistema penale.

7. Le vie d'uscita: per una rifondazione della legalità penale

La rifondazione del garantismo penale richiede, per Ferrajoli, una rimodulazione integrata del sistema di garanzie in tema di reati, pene e processi. Si tratta di una rifondazione vera e propria, qualitativa e quantitativa:

- del catalogo dei beni giuridici meritevoli di tutela grazie alla riscoperta del canone di offensività;
- dell'umanizzazione delle pene, con soppressione di ogni specie di carcere duro;
- della garanzia del processo penale attraverso una struttura *triadica* di accusa, difesa e giudizio (prospettiva osteggiata dalla magistratura sulla base di timori contingenti – e non infondati – relativi alle modalità di attuazione della riforma delle carriere giudiziarie annunciata dal ministro della giustizia *pro tempore*);
- dell'abolizione delle pene senza delitto;
- dell'imparzialità e dell'indipendenza della giurisdizione.

Il diritto penale deve tornare ad essere *extrema ratio* dell'ordinamento giuridico: deve pertanto essere *minimo*, riservato alle offese più gravi alla convivenza civile ed assistito da tutte le garanzie contro ogni forma di arbitrio.

Un'autentica rifondazione del garantismo penale richiede il superamento del ruolo ipertrofico oggi occupato dal diritto e dalla giurisdizione penale. Per la prevenzione di molti delitti è opportuno predisporre strumenti extrapenali, sicuramente più efficaci.

³⁰ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, 154 e ss.

È infine necessario colmare l'attuale vuoto di garanzie primarie e secondarie contro violazioni sistemiche su scala globale di beni fondamentali (riscaldamento climatico, guerre, minacce nucleari, discriminazioni nel godimento di diritti basilari) non trattabili dal diritto penale, e tuttavia assai più gravi dei delitti.

8. Riserva di codice e riserve di leggi organiche. Il principio di offensività come criterio guida della penalizzazione

Ferrajoli indica opportunamente un rafforzamento della riserva di legge in materia penale sia mediante la c.d. riserva di codice, sia attraverso la devoluzione al solo Parlamento del potere legislativo in materia penale, «a garanzia di un più sicuro fondamento democratico delle limitazioni imposte alle libertà fondamentali»³¹. A ciò dovrebbe accompagnarsi l'imposizione costituzionale *esplicita* al legislatore della tassatività, della chiarezza, dell'univocità e della precisione quali regole semantiche di formazione del linguaggio legale.

La penalizzazione, ridotta all'essenziale, dovrebbe essere improntata ai criteri guida dei principi di materialità, offensività e colpevolezza. In particolare, il canone di offensività non può più essere inteso come corollario della separazione assiologica tra diritto e morale. Ben otto, secondo l'Autore, i limiti imposti alla materia penale dal principio di offensività:

1) i beni meritevoli di tutela penale devono essere empiricamente determinati, con esclusione dei macro-beni astratti cari alla parte speciale del codice Rocco (personalità dello Stato, ordine pubblico, fede pubblica, moralità pubblica e buon costume, etc.);

2) il danno arrecato a tali beni deve essere rilevante, con esclusione della punibilità dei fatti di particolare tenuità già avviata dall'art. 131 *bis* c.p.;

3) i reati bagatellari vanno decriminalizzati, in special modo le contravvenzioni e i reati puniti con la sola pena pecuniaria;

4) le leggi penali dannose e criminogene, come la normativa italiana sugli stupefacenti, vanno eliminate. Queste norme, «conferendo alle organizzazioni criminali il monopolio della droga, sono all'origine sia della grande criminalità del narcotraffico che della piccola criminalità dello spaccio»³². Il medesimo principio

³¹ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, 173.

³² L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, 184.

esclude inoltre tutto il c.d. *diritto penale declamatorio*, ossia le norme inidonee a mettere al riparo da lesioni i beni giuridici che dichiarano di tutelare, ma solo di proclamarne l'illiceità (si pensi alle norme che punivano l'aborto e a quelle che oggi puniscono il c.d. soggiorno illegale per effetto dell'immigrazione irregolare);

5) devono essere abrogati i reati che incriminano comportamenti che non solo non offendono alcun bene, ma consistono nell'esercizio di libertà fondamentali o addirittura in atti di umana solidarietà (es.: vilipendio, aiuto al suicidio di persone che liberamente e consapevolmente desiderano morire con dignità, quasi tutti i reati in materia di immigrazione);

6) la procedibilità d'ufficio va limitata ai soli casi vi sia una qualche rilevanza pubblica del danno provocato dal reato, come nell'ipotesi in cui vengano lesi diritti fondamentali o interessi pubblici costituzionalmente rilevanti;

7) deve essere ampliata l'operatività dei casi di estinzione del reato per condotte riparatorie;

8) va infine eliminata la maggior parte dei reati a consumazione anticipata, con mantenimento dei soli reati a pericolo concreto.

9. Il superamento dell'ossessione carcerocentrica

Ferrajoli scrive parole definitive sulla necessità di ripensare *scopo* e *natura* della pena. In primo luogo, lo scopo: «la pena è una seconda violenza che si aggiunge al delitto e che si giustifica...solo se è inferiore alle maggiori violenze che si produrrebbero in sua assenza. In secondo luogo, la natura delle affezioni nelle quali consistono le pene odierne, talora eccessivamente lievi, talora eccessivamente severe: sono eccessivamente lievi le pene pecuniarie (...), sono invece eccessivamente severe la pena dell'ergastolo, le pene detentive ultraventennali e tutte le forme di carcere duro, incompatibili...con lo spirito della Costituzione e con il modello normativo del diritto penale minimo»³³.

Occorre superare la centralità della pena carceraria inserendo, già a livello di comminatoria edittale, pene principali non detentive o semidetentive e pene interdittive. In generale, l'Autore propone la costituzionalizzazione dell'esecuzione penale, in vista di un efficace sistema di pene alternative a quella carceraria. Allo stesso modo, la presunzione di non colpevolezza dovrebbe imporre limiti stringenti alla

³³ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, 188.

custodia cautelare (anch'essa pena restrittiva della libertà personale in assenza di condanna). Interessante anche la proposta - viziata dalla sua origine...berlusconiana - di sancire l'inappellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del pubblico ministero.

10. Il diritto penale minimo e i reati "criminogeni"

Ferrajoli propone due tipi di riforme: la prima consiste «nella soppressione di tutte le leggi a tal punto insensate e demagogiche da risultare, di fatto, addirittura criminogene; la seconda...consiste nel superamento dei caratteri classisti del nostro diritto penale»³⁴. Esempio clamoroso di irrazionalità penalistica è la normativa sugli stupefacenti: lo spaccio di cannabinoidi, fino a poco tempo fa, prevedeva una pena detentiva *minima* pari al doppio di quella prevista per le lesioni personali dolose gravi e dodici volte più pesante di quella stabilita per l'omicidio colposo.

Sotto questo aspetto, c'è affinità tra la punizione della tossicodipendenza e quella dell'aborto, che non serviva ad altro se non ad aumentare la clandestinità, impedendone l'attuazione con la necessaria assistenza sanitaria. La punizione dell'aborto era un precetto etico camuffato da precetto giuridico, proprio come molte norme-manifesto della legge n. 40/2004. Si tratta di norme che contraddicono la *laicità* del diritto penale: obiettivo per cui da tre secoli si batte una cultura liberale e garantista.

Una rifondazione della questione penale richiederebbe poi la riduzione della natura classista della giustizia penale, implacabile nei confronti della criminalità di sussistenza dei poveri quanto inefficiente rispetto ai crimini dei potenti (corruzioni, peculati, bancarotte, etc.). Oggi il diritto penale tratta quasi esclusivamente la delinquenza di strada, come dimostrato dalle caratteristiche della nostra popolazione carceraria. Beninteso, questo non accade solo in Italia: basti pensare alle altissime percentuali di neri che, negli Stati Uniti, risultano tra i fermati (ed ammazzati), i condannati e i detenuti³⁵. Un fenomeno analogo si registra in Europa rispetto agli immigrati e ai tossicodipendenti. Questo tipo di criminalità, che nasce dalla precarietà, dall'insicurezza delle condizioni di vita e dalla dipendenza, non è seriamente prevenibile con pene che, sebbene severe, non hanno di fatto alcuna efficacia

³⁴ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 290.

³⁵ V. in special modo R. CORNELLI, *Note sulla police brutality a partire dai fatti di Minneapolis*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, fasc. 2/2020, 1 e ss.

deterrente. Ben diversa sarebbe, in questi casi, l'efficacia preventiva di strumenti di carattere non penale, che ne rimuovano o riducano le cause: non politiche penali, dunque, ma politiche sociali di inclusione e prevenzione³⁶.

Un'ulteriore forma di prevenzione non penale riguarda i delitti contro la vita e l'incolumità delle persone, il cui fattore principale è indubbiamente il controllo sulla diffusione delle armi. Nel nostro paese è incredibile il divario tra sicurezza reale e percepita. Oggi l'Italia è il paese più sicuro dell'Unione Europea. I dati riportati dall'Autore sono eloquentissimi: nel 2020 ci sono stati 271 omicidi (di cui 112 femmicidi), con un tasso dello 0,45 per ogni 100.000 abitanti. Seguono Austria, Grecia, Portogallo e Spagna, con un tasso dello 0,7, Olanda e Polonia con lo 0,8, Germania con l'1, Regno Unito con 1,2, Francia con 1,3, Estonia con 2,2, Ungheria con 2,5, Lettonia con 4,2, Russia con 9,2. Nel mondo, per grado di sicurezza, l'Italia è seconda solo al Giappone, che ha un tasso dello 0,3. Molto più alti sono i tassi degli omicidi nelle Americhe e in Africa: rispettivamente 17, 2 e 13 ogni 100.000 abitanti.

Per Ferrajoli «c'è un sicuro criterio di valutazione degli ordinamenti politici: la loro civiltà si misura dal modo nel quale vengono trattate le persone più deboli – i detenuti, i migranti, i poveri, i vagabondi e tutte le persone vulnerabili, incluse, purtroppo, le donne, ancora oppresse e discriminate in gran parte del mondo – e dalla misura nella quale viene salvaguardata la loro dignità di persone»³⁷.

11. La necessità di rendere efficace ed universale il diritto penale internazionale. I “crimini di sistema”

In un mondo devastato da conflitti, disuguaglianze e cambiamenti climatici, il sistema di prevenzione e repressione dei crimini internazionali è sinora in gran parte rimasto inattuato o inadeguato. Anche in Italia l'articolato del codice dei crimini internazionali, ben predisposto dalla Commissione Palazzo-Pocar³⁸, ha subito un

³⁶ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 299: «è questo il fondamento dei diritti sociali nelle società avanzate: la necessità di garantire il diritto alla sopravvivenza, non meno del diritto alla vita, mediante misure in grado di ridurre la povertà e l'emarginazione sociale: la garanzia della salute e dell'istruzione; l'erogazione di redditi di base in grado di assicurare la sussistenza; la restaurazione delle garanzie del lavoro; la stipulazione, imposta in Italia dall'art. 36 della Costituzione, di un salario minimo previsto dalla legge, cui dovrebbe aggiungersi, a garanzia dell'eguaglianza, quella di un salario massimo attraverso un'imposizione fiscale realmente progressiva».

³⁷ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 313.

³⁸ Cfr. A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta di una proposta di legge organica sui crimini internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1/2023, 91 e ss.

destino analogo. Sulla base di queste riflessioni Ferrajoli conia la categoria dei “crimini di sistema”.

I crimini di sistema non sono delitti, mancando di tutti i presupposti per la loro punibilità imposti dai principi di garanzia del diritto penale (si pensi alle catastrofi climatiche). Sono tuttavia aggressioni gravissime ai diritti umani sancite in molte carte costituzionali ed internazionali, provocate dalle politiche liberiste praticate negli ultimi decenni e totalmente ignorate dalla nostra cultura giuridica e politica.

Un costituzionalismo sovrastatale dovrebbe promuovere, in primo luogo, la costruzione di un insieme complesso di istituzioni e di funzioni globali di garanzia dei diritti fondamentali *di tutti*. In secondo luogo, accanto a queste istituzioni dovrebbe istituirsi una specifica giurisdizione internazionale non penale, deputata all'accertamento dei c.d. crimini di sistema, delle relative responsabilità politiche, delle misure in grado di impedirli o ridurli, come il modello di giurisdizione di verità adottato in Sudafrica con la Commissione per la verità e la riconciliazione³⁹.

12. Spunti per una rifondazione della cultura giuridica e politica

Lo *ius terribile* si presta come pochi altri campi del sapere scientifico allo scopo di placare il malcontento sociale – sapientemente alimentato dai *media* - o di dar sfogo ai bisogni emotivi di una giustizia che sconfinata nel giustizialismo, assomigliando moltissimo alla vendetta.

Nel lento ma inesorabile processo di allontanamento del diritto penale dai principi liberali di matrice ottocentesca, gli studiosi hanno sino ad ora svolto un ruolo marginale: sono passati pressoché inosservati gli accorati appelli a un uso ponderato, congruo ed efficace della sanzione penale, come pure quelli a una più razionale formulazione delle fattispecie incriminatrici. Eppure, la percezione del diritto penale, e dell'uso che se ne voglia fare, è strettamente connessa al modo di concepire e vivere la nostra forma di Stato: un diritto penale “illiberale”, concentrato ossessivamente sulla tutela della sicurezza pubblica (bene “onnivoro”⁴⁰) e su istanze di de-secolarizzazione/rieticizzazione, è il segno di una crisi probabilmente irreversibile della democrazia liberale di antico (ma solido) stampo. Difficile preconizzare cosa ci riserbi il futuro, ma è impensabile rinunciare al senso della nostra presenza, della

³⁹ V. diffusamente G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, 61 e ss.

⁴⁰ Così G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in AA.VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Risicato ed E. La Rosa, Torino, 2009, 20 e ss.

nostra testimonianza, della nostra cultura democratica (che non vorremmo mai ritenere obsoleta).

Ferrajoli conclude il suo volume proponendo un vero e proprio salto di civiltà: la nascita di una Costituzione della Terra, diversa da qualsiasi altro progetto costituzionale del passato e volta a realizzare l'interesse di tutti gli abitanti del pianeta, nessuno escluso.

Sarà possibile il risveglio della ragione? Soprattutto, siamo ancora in tempo? Chi di noi si sente castoro, per tornare a Zagrebelsky, spera di sì.