

IL PARADIGMA GARANTISTA DI
GIURISDIZIONE PENALE NELLA SOCIETÀ
DELLE “RISPOSTE SENZA DOMANDA”.



RIFLESSIONI SU LUIGI FERRAJOLI, *GIUSTIZIA E
POLITICA. CRISI E RIFONDAZIONE DEL DIRITTO
PENALE*, EDITORI LATERZA, 2024 *

Vincenzo Mongillo **

SOMMARIO 1. Un edificio penale bombardato. – 2. La penalistica accademica è corresponsabile? – 3. Un’involuzione che viene da lontano. – 4. L’appello alla ragione di Ferrajoli e il programma di un diritto penale garantista. – 5. Liquidare la finalità rieducativa? La controversa rifondazione dell’idea dello scopo. – 6. L’aporetico “salvataggio” della confisca di prevenzione. – 7. Ciò che già sappiamo e il rischio di atrofia del pensiero.

1. Un edificio penale bombardato

La prima sensazione che suscita la lettura dell’ultimo volume di Luigi Ferrajoli¹ è lo iato vertiginoso tra il suo armonico *opus architectonicum* e l’avvilente stato del sistema penale o del sistema politico che lo esprime.

L’“effetto di straniamento” è in qualche modo messo in conto dallo stesso Autore, posto che l’intento è dimostrare come la giurisdizione penale, anche a causa del collasso della cultura garantistica, sia divenuta il *locus* dell’irrazionalismo e della massima discriminazione nel transito dallo Stato sociale allo Stato securitario-penale.

Cosa resta, in effetti, del grande programma di rifondazione costituzionale del diritto penale, dopo cinquant’anni circa di uso politico della leva penalistica, di demagogia securitaria e di legislazione emergenziale diffusasi a macchia d’olio nei più svariati campi, a partire dagli epicentri genetici della lotta al terrorismo, alle associazioni mafiose e al narcotraffico?

* Il presente contributo riprende e sviluppa l’intervento dell’Autore al seminario “*Crisi e rifondazione del garantismo penale*”, tenutosi presso UnitelmaSapienza il 30 maggio 2024, in occasione della presentazione del volume di L. Ferrajoli qui analizzato.

** Professore ordinario di diritto penale nell’Università UnitelmaSapienza di Roma.

¹ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari-Roma, 2024.

La filosofia dell'*emergenza* è un virus che infetta da decenni tutte le (sfibrate) democrazie dell'Occidente. Tuttavia, la realtà italiana si distingue per un parossismo fomentato da una crisi politica che ha assunto «aspetti più gravi e perversi»². Le emergenze criminali nell'Italia repubblicana si sono andate moltiplicando e oggi competono nell'arena politica, tendendo a stabilizzarsi, o meglio a eternarsi³.

Di riflesso, dal punto di vista della struttura ordinamentale, il codice penale italiano ha smarrito, da tempo, la sua centralità assiologica, per l'arcinoto fenomeno di *decodificazione*. Sono andati, parallelamente, proliferando *sottosistemi* e talvolta veri *microsistemi autonomi integrati*, che combinano norme penali sostanziali, processuali, penitenziarie, amministrative, di prevenzione, ecc., in funzione di contrasto ai poteri criminali (organizzazioni mafiose *et similia*), ai crimini del potere (specie pubblici) e a quelli dei soggetti appartenenti agli strati più deprivati della popolazione.

Questa dinamica ha eroso, via via, tutti i pilastri del sistema penale di ispirazione liberale: dissesto della legalità, con figure di reato sempre più rarefatte e meno tassative⁴; arretramento del principio di offensività e capovolgimento del ruolo critico del bene giuridico in fattore espansivo, vuoi per fronteggiare nuovi rischi tecnologici, vuoi per colpire condotte sintomatiche di pericolosità di determinati tipi di autore; alterazione della proporzionalità della risposta punitiva soppiantata dalle pene edittali eccessive, dalla premialità barattata e dalle tecniche di degradazione *post factum* dell'illecito indispensabili per la sopravvivenza di una giustizia penale al collasso; superamento, in vari ambiti, del *nullum crimen sine condemnatoria sententia* (misure di prevenzione, illeciti punitivi civili, varie tipologie di confisca), ecc.

“Ordine pubblico” e “sicurezza pubblica” sono, ovviamente, le parole-vessillo di questo panpenalismo⁵, e sui rispettivi quadranti concettuali taluni vorrebbero ora innestare la c.d. «giustizia predittiva», che Ferrajoli taccia come “illusoria”⁶ e che per

² L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., 119.

³ Già vent'anni fa, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997.

⁴ Il *vulnus* alla determinatezza è macroscopico proprio nei settori del diritto penale deputati a contrastare i crimini dei *poderosos* (abusi di mercato, reati tributari, riciclaggio, corruzione, illeciti ambientali, ecc.).

⁵ Emblematico e inquietante al contempo il recente “decreto sicurezza” (legge 9 giugno 2025, n. 80, di conversione in legge del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48). Si rinvia, per un approfondimento concettuale, a V. MONGILLO, *Ordine pubblico e sicurezza nel diritto penale: per un'ecologia concettuale quale viatico di razionalizzazione*, in *Arch. pen.*, 2025, 1 ss.

⁶ L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., 40 ss.

certi versi sembra il tentativo di sostituire gli informatici ai medici del biologismo positivista. È facile intuire il risvolto sinistro: che venga replicata e anzi amplificata la logica selettiva fondata sugli stereotipi criminali.

Il *cahiers de doléances* potrebbe proseguire, ma è sufficiente riassumere con una formula l'attuale temperie penalistica: tendenziale "normalizzazione dell'eccezione".

Sulle rovine dell'*ordo* penale, che appare oggi come un edificio bombardato, si distende lo sguardo minuzioso di Ferrajoli e il suo lodevole tentativo di gettare le fondamenta dell'auspicata ricostruzione.

2. La penalistica accademica è corresponsabile?

Come accademici dobbiamo evitare di assuefarci a questo marcato deterioramento. Soprattutto le nuove generazioni di penalisti rischiano, magari inconsapevolmente, di ricadere nel vortice del tecnicismo giuridico e di un neopositivismo asettico, o finanche nell'esegesi solipsistica del dato normativo.

Ferrajoli coglie una certa apatia intellettuale anche in gran parte della cultura penalistica di matrice dottrinale (oltre che giudiziaria). Biasima l'acquiescenza verso il congedo dal modello garantista di diritto penale proprio della tradizione illuminista e l'abbandono dei punti di vista filosofico e sociologico, essenziali per esaminare le basi etico-politiche e le disuguaglianze concrete del sistema penale rispetto al modello ideale⁷.

Senza voler indulgere a una difesa a oltranza del *munere proprio*, a noi pare che questa colpa non possa essere caricata – almeno del tutto – sulle spalle della penalistica accademica (compresa quella forense), nonostante tutti i suoi limiti. Invocheremmo, perlomeno, una dose di clemenza.

Le storture sono state denunciate incessantemente, riempiendo volumi e intere biblioteche. Purtroppo le geremiadi sono rimaste inascoltate. Forse questo ha condotto alcuni settori dell'accademia a un affievolimento dello spirito critico, oppure a un atteggiamento di disagio verso un "criticismo" a tratti sterile. Lo stesso Ferrajoli apre il volume in discorso osservando che la sua piattaforma speculativa e l'invocazione di un "diritto penale minimo" risalgono ad almeno quarant'anni fa e

⁷ L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., 7.

che tuttavia la situazione è progressivamente peggiorata, come rivela anche l'espansione sfrenata del sistema punitivo⁸.

Il pensiero penalistico, nelle sue direttrici essenziali, resta ancorato alla sintesi tra Stato liberal-costituzionale di diritto e Stato sociale, che ha raggiunto una delle punte più elevate, ad esempio, con l'elaborazione di Claus Roxin in Germania. I capisaldi sono noti: vocazione preventiva del sistema (prevenzione generale e risocializzazione) delimitata dai principi classici di matrice illuministico-liberale; integrazione tra diritto penale e politica criminale di matrice costituzionale; costruzione di ponti di collegamento con la sociologia e le altre scienze empiriche, anche per tenere conto dei fattori sociali del crimine nell'elaborazione di politiche non penali, nell'ottica della *extrema ratio*. Pure la piattaforma garantista di Ferrajoli, riassumibile nel binomio «diritto penale minimo e diritto sociale massimo», segue queste linee di fondo⁹. L'idea básica è che l'universo pervasivo della penalità possa essere contenuto solo attraverso l'estensione dei diritti sociali quale autentica essenza della democrazia.

Perché, allora, i programmi accademici rimangono *flatus vocis*? Perché questa involuzione evidente del sistema penale repubblicano che non si riesce a frenare?

3. Un'involuzione cominciata da lontano

Potremmo liquidare l'ultimo interrogativo replicando: perché ci stupiamo? Un "doppio livello di legalità" (che oggi potremmo finanche definire "plurimo"¹⁰) rappresenta un *tratto permanente* del sistema penale italiano sin dall'Unità¹¹.

⁸ Per tutti, J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Madrid, 2011. Stimolanti proposte di riduzione dell'area del penalmente rilevante, da ultimo, in A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022. Sull'oscillazione del pendolo tra punire e non punire nel diritto penale italiano (ma anche in quello europeo e internazionale), che nel tempo ha visto il "non punire" trasformarsi da eccezione politica a componente intrinseca e ordinaria del sistema di giustizia penale, anche come reazione all'eccessiva espansione del sistema penale e all'aumento del carico processuale e dell'arretrato giudiziario: cfr. M. DONINI, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, n. 4, 1301 ss.

⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., 278 ss. La principale discrasia riguarda la critica alla rieducazione (*infra* § 5).

¹⁰ L. LACCHÈ, «*Alzate l'architrave, carpentieri*». I livelli della legalità penale e le "crisi" tra Otto e Novecento, in C. Storti (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, 2016, 192.

¹¹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali XIV. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 487 ss.

Potremmo anche chiederci: il diritto penale illuminista si è mai inverato, in un certo luogo e in un certo tempo, negli ultimi due secoli? È sempre una distorsione prospettica vagheggiare l'esemplarità di un "buon tempo antico", in realtà mai esistito.

Invero, il programma penalistico dell'Illuminismo ha tracciato – al pari delle ariose elaborazioni di Ferrajoli e di tanti altri penalisti contemporanei – una meta ideale (un *idealtipo*) a cui dobbiamo costantemente tendere e che probabilmente mai si invererà del tutto.

Esiste una nitida linea di continuità, nel segno di un'esponenzialità sfuggita di mano, tra le deviazioni dal sistema costituzionale principiate dalla metà degli anni settanta e quelle che oggi lamentiamo coralmamente. L'*escalation* è dipesa dall'influsso di forze esterne possenti a cui siamo esposti come se ci trovassimo al "muro del tempo", di fronte a un crinale decisivo della storia: gli effetti dirompenti della globalizzazione, l'infocrazia digitale, le crisi geopolitiche, il conseguente aumento delle disuguaglianze sociali nei singoli paesi e tra aree del mondo.

Ciò genera gravissima incertezza tra i consociati, onde la sanzione penale è impiegata come una sorta di tranquillante, di "ansiolitico sociale"¹². Non conta tanto il reale risultato preventivo, quanto quello comunicativo-espressivo.

Questa tendenza alimenta il fenomeno definito *populismo penale*, su cui sono stati versati fiumi di inchiostro, da John Pratt e Denis Salas in poi, e il cui ripudio è anche uno dei pilastri del pensiero ferrajoliano.

In effetti, un nuovo paradigma, il "diritto penale delle paure", proiezione legislativa della radicata inquietudine sociale sfruttata da leadership politiche fragili, ha soppiantato il "diritto penale dell'integrazione sociale" del buon Stato sociale di diritto¹³.

Ad ogni modo, l'uso declamatorio della legge penale in funzione di «"messaggio" destinato a trovare eco e risonanza nell'*emotività* della c.d. opinione pubblica e a placarla ad un tempo», è oggetto di riflessione dottrinale, in Italia, perlomeno dagli inizi degli anni ottanta¹⁴. Già un decennio prima, inoltre, la

¹² Prendo a prestito un'efficace espressione di C. PIERGALLINI, *La giustizia penale può essere efficiente? Una sfida per il legislatore che vuole "far tornare i conti"*, in C.E. Paliero – V. Mongillo – R. Bartoli (a cura di), *La scienza della legislazione penale. Riforme e prospettive di razionalizzazione*, Napoli, 2024.

¹³ Lo notavamo già in V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009, 175 ss.

¹⁴ Cfr. F. PALAZZO, *La recente legislazione penale* (1980), 3ª ed., Padova, 1985, 366.

penalistica europea aveva avviato una riflessione sui limiti opponibili alla libertà per preservare la sicurezza, in un contesto segnato dall'aumento della solitudine individuale e dalla carenza di sicurezza sociale, dal diffuso senso di impotenza verso un futuro imperscrutabile, con ripercussioni visibili sull'incremento della criminalità comune e di matrice politica¹⁵.

Da quest'angolo oscuro, le raffiche di vento populista che scuotono gli ordinamenti odierni rappresentano l'accentuazione di tendenze cominciate almeno cinquant'anni fa.

Sotto questo profilo, se appare comprensibile il richiamo di Ferrajoli all'esigenza di colpire i delitti dei potenti e non solo quelli dei poveri, deve anche riconoscersi che il *penal populism* ha trovato, in Italia, una delle sue sublimazioni proprio nella lotta alla corruzione (l. n. 3/2019, battezzata "spazzacorrotti" *ça va sans dire*), stante la contrapposizione tra *élite* corrotta e puro popolo che del populismo ideologico rappresenta un cardine essenziale.

Forse, però, nella frenetica produzione legislativa dei nostri tempi, non serpeggia soltanto populismo, più o meno autoritario. Questo, almeno, sottende un'ideologia, per quanto debole¹⁶, e aggiungiamo noi triste. Il diritto penale, attualmente, è anche altro: è materia squisitamente mediatica¹⁷; è *entertainment*. Personalmente, scorgo più che grandi ideali (a prescindere dall'indirizzo valoriale prediletto) un grande vuoto di idee dietro l'indecente profluvio di leggi e leggi penali, in cui, peraltro, la banalizzazione dell'arma più potente di cui dispone l'ordinamento appare, in un certo senso, persino più insidiosa della sua esaltazione. È arduo arrestare l'aria che fluttua, per quanto le sue ricadute "ambientali" a volte possano essere devastanti.

4. L'appello alla ragione di Ferrajoli e il programma di un diritto penale garantista

Trentacinque anni dopo il monumentale *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1^a ed. 1989), Ferrajoli si cimenta di nuovo nell'elaborazione sistematica di un diritto penale garantista, che abbraccia olisticamente reati, pene e

¹⁵ Per tutti, T. WÜRTENBERGER, *Über Freiheit und Sicherheit*, in *FS-Hans Welzel*, Berlin, 1974, 23 ss.

¹⁶ C. MUDDE, *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, 2004, vol. 39, n. 4, 543 ss.

¹⁷ V. MANES, *Giustizia mediatica*, Bologna, 2022.

processi¹⁸. Questo programma è concepito come un tassello fondamentale di un garantismo di più vasti orizzonti, per così dire “integrale”, giacché implica il sostegno sinergico di un garantismo costituzionale, sociale e persino di livello globale¹⁹.

Richiamando Beccaria, Ferrajoli comincia col denunciare la “perversione inquisitoria” in base alla quale il giudice “di scopo” diventa nemico del reo, cercando non la verità ma la colpevolezza. Stigmatizza, pertanto, il «processo offensivo» contrapposto al «processo informativo», minato da una legalità sempre più confusionaria (§ 1.6.1).

Coerentemente, il progetto di rifondazione del garantismo penale parte dal riscatto della legalità penale e quindi da un recupero di centralità della scienza della legislazione, contro il «disimpegno della cultura giuridica e politica». L'appello ci trova pienamente concordi²⁰, tanto più perché il dissesto della produzione legislativa non riguarda solo la tecnica di redazione delle norme (la legistica), ma anche il loro contenuto assiologico, l'orientamento alle conseguenze, il rispetto del dato di realtà, le verifiche *ex ante* e a consuntivo. Di fronte a questa «regressione all'incertezza e all'arbitrio tipici del diritto premoderno» (p. 170), condividiamo la riproposizione delle ricette orientate al rispetto del principio di separazione dei poteri, dalla riserva costituzionale di codice all'imperioso recupero della chiarezza normativa.

Effettivamente, la delega al ceto dei funzionari-magistrati della soluzione ai problemi della legalità, nel conferire surrettiziamente una portata generale alle loro decisioni, appare un'allucinazione, oltre che una scelta poco onorevole per la scienza giuridico-penale. Come l'esperienza del *case-law* ci mostra quotidianamente, la giurisprudenza non può venire a capo dei rebus indotti dalla cattiva qualità delle leggi, che di solito generano caos interpretativo.

Purtroppo, negli ultimi decenni si è passati, quasi senza soluzione di continuità, dall'esaltazione della legalità costituzionale all'euforica sublimazione del c.d. “diritto penale giurisprudenziale”. Ciò ha rappresentato una vera trasmutazione di valori, incompatibile con le istanze proprie dello Stato liberale di diritto. Affrontare questo nodo è oggi una priorità che precede la scienza della giurisdizione.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., 169-235.

¹⁹ Nella visione espressa in un altro recente e denso volume – V. ROPPO, *Garantismo. I nemici, i falsi amici, le avventure*, Milano, 2022 – il garantismo è concepito come una categoria generale, non confinata al solo ambito penalistico, fondata su un duplice pilastro: da un lato, la tutela delle libertà individuali contro gli abusi del potere; dall'altro, il rispetto delle regole democratiche da parte di tutti i detentori del potere pubblico, secondo una logica di bilanciamento tra poteri e diritti.

²⁰ In questa stessa direzione, sia consentito menzionare il volume collettaneo a cura di C.E. PALIERO – V. MONGILLO – R. BARTOLI, *La scienza della legislazione penale*, cit.

Al riguardo, Ferrajoli, in modo a nostro avviso ineccepibile, non solo respinge le concezioni della giurisdizione come attività creatrice di nuovo diritto, in quanto essa «mina alle radici il modello garantista», ma rigetta come ossimorica l'espressione «interpretazione creativa», spendendosi per quella che definirei una sana ecologia lessicale, mediata da uno sforzo di educazione semantica²¹.

Difatti, anche i penalisti avvezzi a ricorrere alla parola «creazione» lo fanno nel senso di «interpretazione-applicazione», mentre tendono a riserbare l'espressione «discrezionalità penale» all'esigenza di affidare al giudice la valutazione degli specifici connotati del caso concreto nella sua multiforme varietà²².

Ovviamente, al di là dell'uso equivoco dei termini, al giudice non potrà mai essere sottratto un margine di scelta nei limiti tracciati dalla semantica del testo legislativo, per quanto precisamente redatto. Troppa acqua è passata sotto i ponti dell'ermeneutica per restare ancorati all'idea beccariana dell'applicazione del diritto come sussunzione automatica. Anche Ferrajoli, da sempre, riconosce che l'interpretazione giuridica non può ridursi a una mera applicazione meccanica della legge. Esiste, infatti, «discrezionalità nell'interpretazione della legge e nella valutazione delle prove» (p. 81), e una «dimensione equitativa» riguardante «il rapporto tra l'universalità delle norme applicate e la singolarità dei casi concreti che sono oggetto del giudizio» (p. 31). Colgono nel segno anche le considerazioni sulla difficoltà di tracciare un rigido confine tra interpretazione legittima e creazione illegittima di nuovo diritto in assenza di criteri distintivi chiari, e sul carattere fatalmente «relativo» della tassatività «sicché la verità giuridica raggiunta con l'interpretazione è sempre più o meno opinabile e richiede quindi una decisione argomentata in ordine alla scelta interpretativa ritenuta più plausibile» (p. 24).

Tre rilievi conclusivi ci sembrano, comunque, inoppugnabili. Il vincolo semantico del testo legislativo resta insuperabile in diritto penale. La *débâcle* della fase della posizione della norma è il più grande tradimento dell'Illuminismo. L'unica vera alternativa alla centralità della funzione legislativa parlamentare è il «cesarismo», come ci ha più volte ammonito anche Marcello Gallo nei suoi ultimi scritti²³.

Ferrajoli merita convinta adesione anche quando auspica una rinnovata *cultura della pena* che ponga fine alla scarsa attenzione della dottrina, tradizionalmente

²¹ L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., 80 ss.

²² Resta fondamentale, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, spec. 203 ss.

²³ M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017, 112.

assorbita dalla teoria del reato (p. 187). A questo proposito, rimarca l'importanza di una teorica costituzionalmente orientata della punizione, definita come «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» (p. 188). Mette, inoltre, il dito nella piaga di una pena detentiva notoriamente indeterminata nei contenuti e applicata in modo sperequato da carcere a carcere, auspicando la sua graduale contrazione temporale e la sostituzione con pene alternative edittali (e non puramente sostitutive), meno diseguali e meno afflittive²⁴. Al contempo, invoca la soppressione in blocco delle misure di sicurezza, delle misure personali di prevenzione *extra delictum*, e delle stesse misure alternative discrezionalmente disposte in fase esecutiva (p. 190, 197-205).

Interessante, per quanto possa apparire allo stato chimerica sul piano attuativo, è anche l'idea di fissare una soglia di capienza massima oltre la quale non siano più ammessi ingressi nell'istituzione totale (p. 203).

Nel complesso, possiamo considerare patrimonio oggi condiviso della scienza penale, assieme all'idea della *extrema ratio* carceraria, la consapevolezza che è «dalla garanzia della dignità dei detenuti che si misura il grado di civiltà di un paese» (p. 198). Sappiamo però come si pongano agli antipodi di questi postulati la realtà del sovraffollamento carcerario (oltre 62.000 detenuti al 30 giugno, contro una capienza regolamentare di circa 51.000), il generalizzato ricorso alla pena intramuraria a livello edittale, la comparsa e il progressivo inasprimento di ben due regimi carcerari speciali votati alla «neutralizzazione» del detenuto (carcere ostativo *ex art. 4-bis* e carcere duro *ex art. 41-bis* dell'ord. penit., che Ferrajoli efficacemente definisce una «pena nella pena» incostituzionale), tra i cui cascami v'è anche l'oscenità del c.d. ergastolo ostativo (numericamente più di 2/3 delle condanne alla reclusione perpetua).

5. Liquidare la finalità rieducativa? La controversa rifondazione dell'idea dello scopo

Non ci trova invece dello stesso avviso la recisa ripulsa della finalità rieducativa della pena, che Luigi Ferrajoli sviluppa, non solo da un punto di vista empirico (i

²⁴ L'A. a p. 202 elenca: sorveglianza speciale, semilibertà, affidamento in prova, arresti domiciliari, divieto/obbligo di soggiorno, confisca del mezzo del reato, nonché pene interdittive come il ritiro della patente di guida, la revoca di licenze commerciali o di abilitazioni professionali e l'interdizione dai pubblici uffici e simili.

fallimenti della rieducazione mediante carcere), ma da una più generale epistemologia liberale²⁵. Concentrandoci su quest'ultima chiave di pensiero, l'ideale rieducativo è avversato come una sorta di eredità vischiosa dell'ideologia correzionalista e trattamentale di stampo positivista: «Mezzi e fini – flessibilità della pena e finalità rieducative – sono gli uni e gli altri [...] illiberali. [...] La cosiddetta “rieducazione” carceraria comporta infatti una menomazione della libertà interiore del detenuto che si aggiunge a quella della sua libertà esteriore e che viola il primo principio del liberalismo: il diritto dell'individuo di essere e rimanere se stesso e il correlativo divieto per lo Stato di indagare sulla sua personalità e di trattarlo e trasformarlo moralmente mediante misure premiali o punitive irrogate per ciò che egli è, anziché per ciò che egli fa»²⁶.

Com'è noto, l'idea correzionalista non era del tutto estranea alle costruzioni dei protagonisti del giusnaturalismo moderno²⁷, dell'Illuminismo²⁸, e persino del pensiero liberale classico. Circa quest'ultimo, lo si può evincere anche dalla dottrina di Francesco Carrara, che pur non considerando l'emenda del reo fondamento o fine della pena, non la tagliava fuori dalle sue auspicabili conseguenze ancillari (spettanti al «buon governo»), ritenendo illegittime le pene che avviliscono o corrompono il reo, rendendogli più «difficile il ritorno sul buon sentiero»²⁹.

Ad ogni modo, è indiscutibile che la “rieducazione del condannato” – termine prescelto dall'Assemblea costituente all'esito di un articolato dibattito – non sia oggi intesa dalla scienza penale a ispirazione costituzionale e liberal-solidarista nel senso paventato da Ferrajoli. Come ha rammentato di recente, con la consueta limpidezza, Giovanni Fiandaca, in uno Stato laico la rieducazione va interpretata «non già come un compito da imporre a ogni costo, bensì come un'offerta da parte dello Stato di forme di ausilio e opportunità che richiede sempre la previa accettazione volontaria dei destinatari»; solo «in mancanza di un'autonoma scelta di intraprendere un

²⁵ L'ideale riabilitativo ha ricevuto attacchi da ogni polo ideologico-culturale, di segno liberal-conservatore, autoritario (*zero tolerance*), radicale di sinistra, marxista, ecc.: per un *résumé*, cfr. D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it. Milano, 2007, 66 s., 128 ss. e, volendo, V. MONGILLO, *La finalità*, cit., 182 ss. Da questo punto di vista, la critica di Ferrajoli proviene da un versante liberal-progressista.

²⁶ L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., 206 s.

²⁷ U. GROZIO, *De iure bellis ac pacis*, l. II, cap. 20, §§ 4 e 5.

²⁸ Ad es., G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, libro III, parte II, capo XXXIII, con riferimento alla correzione mediante pena carceraria. Beccaria rimase invece silente sul punto.

²⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. II, 8ª ed., Firenze, 1897, 11, e ivi la censura della «carcerazione promiscua» e l'affermazione «Punire vuol dire recare un male. Emendare, istruire, educare vuol dire recare un bene grandissimo».

percorso risocializzativo, la rieducazione scadrebbe da proposta od offerta in imposizione abusiva». In quest'accezione, il paradigma rieducativo, oltre a valorizzare l'autonomia individuale, rappresenta «una coerente proiezione, sul versante specifico dei delitti e delle pene, della più generale ispirazione personalistico-solidaristica che connota l'intero sistema costituzionale»³⁰.

Cade, così, l'obiezione concernente il volto asseritamente illiberale della pena (tendenzialmente) rieducativa. Correttamente intesa, essa si pone all'opposto di un modello inquisitoriale di emenda³¹ e di qualsiasi prospettiva moralistica che guardi all'espiazione del reo o alla sua correzione interiore³².

L'innegabile voragine che s'interpone tra l'ideale rieducativo (*dover essere*) e gran parte – sebbene non la totalità – della realtà carceraria odierna non impone che esso debba essere buttato alle ortiche.

Personalmente, siamo da tempo persuasi del fatto che non possiamo permetterci soverchi disincanti. Il carcere è quello che è, e sarebbe sciocco far finta di non vedere. Tuttavia, anche lasciando in disparte la non trascurabile porzione di detenuti che, pur potendo uscire dal carcere, vi restano semplicemente perché non saprebbero dove andare...³³, esiste una fetta di condannati, quella responsabile dei reati più gravi, inevitabilmente destinata alla detenzione penitenziaria fin quando difetteranno alternative praticabili. Anche a questi soggetti deve essere garantito un trattamento che offra una qualche opportunità di emancipazione e di superamento dello stigma legato al crimine commesso.

In secondo luogo, la storia ci insegna che il disincanto si accompagna di solito al più truce o ipocrita disimpegno. Da questo punto di vista, il fallimento della

³⁰ G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, 91, 98. Cfr., *ex multis*, soprattutto S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 83, 96 ss., 109 ss.; L. EUSEBI, *Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022*, in *Sist. pen.*, 10 aprile 2024, 8, sull'«equivoco reiterato del legame tra finalità rieducativa e coazione morale».

³¹ «Nel Sant'Ufficio si cerca più l'emenda, che il castigo de' rei», sostenne nel 1774 il nunzio apostolico a Vienna, Antonio Eugenio Visconti, per esortare l'imperatrice Maria Teresa a sostenere l'Inquisizione romana, ormai avviata al tramonto: cfr. G. MAIFREDA, *I denari dell'inquisitore*, Torino, 2014, 15.

³² Allo stesso modo, per inciso, occorre evitare ora che la giustizia riparativa venga piegata a una visione contraria al principio di laicità, tale da egemonizzare la funzione rieducativa della pena e da sostituire all'obiettivo del reinserimento nella società libera – l'unico costituzionalmente legittimo – una finalità di tipo moralistico, incentrata sulla «contrizione» o sulla pretesa «purificazione interiore» del reo.

³³ Tra questi, anche moltissimi stranieri che rappresentano, nel complesso, circa 1/3 della popolazione detenuta, nonché malati, tossicodipendenti, ecc.

rieducazione rischia di divenire la classica profezia infausta che si auto-avvera. Se tutti ci persuadiamo che *nothing works*, è molto probabile che si innesti quel circolo vizioso che tende a suggellare la previsione pessimistica.

Bisogna evitare di ragionare come se un obiettivo programmatico, quale è la rieducazione (come lo sono le idee di libertà, di democrazia, di giustizia, ecc.), possa automaticamente tradursi in realtà, solo perché enunciato nel dattiloscritto di una norma. La rieducazione come progetto, come occasione di riscatto per il condannato, richiede *in primis* uno zelo e un investimento costante da parte degli apparati statuali e in secondo luogo il sostegno della collettività. Senza mezzi non esistono fini raggiungibili: lo Stato deve fornire strumenti che permettano al condannato di sviluppare una maggiore capacità di districarsi nella complessità del reale, in un modo che sia compatibile con il rispetto delle regole della convivenza. Questa meta può richiedere, a seconda dei casi, un incremento dell'istruzione, l'acquisizione di nuove *skills* e abilità lavorative, cure mediche, ausili post-penitenziari e/o anche il superamento di false convinzioni riguardo al modo di relazionarsi con gli altri o la società, oltre a tecniche rispettose della dignità e votate alla neutralizzazione degli impulsi antisociali: insomma, vari strumenti di rinforzo, per aiutare ad affrontare le sfide insidiose della vita.

A questa poliedrica progettualità possono appartenere anche occasioni di revisione critica, sul piano cognitivo, dei propri comportamenti da parte del reo, evitando di scivolare in prospettive patologizzanti o – come sopra chiarito – in una forzata introiezione di valori. Deve, infatti, essere sempre rispettato il quadro dei principi e valori di una democrazia solidaristica, edificata sulla garanzia dei diritti fondamentali della persona e sulla promozione di una libertà eguale per tutti. Non si tratta – lo si ribadisce – di auspicare una “conversione interiore” del detenuto o anche solo di indagare le motivazioni interne per penetrare il fondo della sua coscienza morale (il *Gewissen*, direbbero i tedeschi). Del resto, uno Stato così selettivo nel dispensare la penalità, in cui l'ineguaglianza si incunea da innumerevoli varchi, è privo di qualsiasi legittimazione “morale” per pretendere di trasformare moralmente il detenuto (al pari di ogni altro essere umano).

In definitiva, secondo la visione qui patrocinata, la finalità rieducativa, intrecciandosi con i valori dell'autonomia e della dignità umana e con gli obiettivi solidaristici di una democrazia costituzionale, si realizza attraverso l'offerta (non l'imposizione) di *chances* esistenziali, di un cambio di prospettiva, della possibilità di percepire una diversa posizione di sé nel mondo e di ridurre quella “vulnerabilità”

agli apparati repressivi su cui pone l'accento un "agnostico" della pena-funzione come il penalista argentino Raúl Zaffaroni.

Non va inoltre dimenticato che il principio di rieducatività assume un ruolo cruciale non solo nella fase dell'esecuzione, ma anche in quelle della comminatoria edittale e della commisurazione giudiziale (*an, species e quantum* di pena)³⁴. Senza quella breve strofa, scolpita con lungimiranza nell'art. 27, comma 3, Cost., avremmo più o meno forza, oggi, nel denunciare l'illegittimità di norme espressive del più rozzo punitivismo, nel gridare il nostro 'no' alla pena di morte e al "fine pena mai", e nell'invocare pene alternative al carcere? Appigli normativi saldamente afferrabili sono indispensabili per non perdersi tra le nuvole dei concetti.

Se in Italia il carcere mediamente non svolge la funzione di rieducare e tende anzi a desocializzare, è anche perché la *vox populi*, amplificata dai mass media e dalla rete, reclama, pure in questa epoca così edonistica, punizioni fortemente afflittive, come risposta a tutta la criminalità di media ed elevata gravità. Le parole scandite nella Costituzione – umanità della pena e finalismo rieducativo, che formano un tutt'uno inscindibile – rappresentano un monito per il giurista e l'unico vaccino efficace contro la demagogia e la barbarie punitiva. In conclusione, facciamo attenzione a non abbattere l'albero, perdendo di vista la foresta in cui rischiamo poi di smarrirci senza vie d'uscita.

Se la parola ci pare lievemente equivoca, perché può far pensare che ci sia sempre qualche tara da correggere nel condannato, nulla ci impedisce di cambiarla. Si preferisce la parola "risocializzazione", oppure "reinserimento sociale"? Anche queste espressioni, però, non sono immuni da letture insidiose, potendo essere intese – con un'inflessione leggermente "classista" – nel senso che la funzionalità della pena riguarda solo individui marginali bisognosi di reintegrazione, e il carcere solo gli autori di reati violenti, e giammai i "rispettabili" protagonisti dei reati economici, normalmente ben inseriti nel tessuto sociale e nei circuiti professionali.

Anche per questo la dottrina penalistica, da svariati decenni, propone una concezione di rieducazione più lata, vale a dire nel senso dell'acquisizione da parte del condannato d'un comportamento orientato al rispetto della *legalità esterna* e quindi delle norme necessarie per un'ordinata convivenza³⁵.

³⁴ Corte cost., 3 luglio 1990, n. 313, in *Foro it.*, 1990, I, 2386.

³⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma 3*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, *Rapporti civili*, Bologna, 1991, 228 ss.

Ferrajoli giustamente auspica una maestosa «opera di educazione di massa alla legalità, all'uguaglianza, alla non violenza, alla tolleranza, alla tutela e al rispetto di tutte le differenze e, in generale, ai valori politici stipulati nelle costituzioni»³⁶. Tuttavia, non è agevole comprendere perché questa strategia di “prevenzione non penale” dell'illegalismo (soprattutto economico) diffuso, possa e anzi debba essere destinata a tutti tranne che all'individuo che delinque! Un programma educativo che risulti inversamente selettivo rispetto alle pratiche punitive correnti favorirebbe l'accettazione da parte della collettività?

Infine, se si esclude la rieducazione dagli scopi legittimi della pena cosa resta, ragionando in astratto? La prevenzione speciale negativa, la prevenzione generale o la retribuzione.

Il congedo dalla rieducazione potrebbe, anzitutto, prefigurare un gran ritorno al *just desert*³⁷ o – magari attenuando un po' l'intonazione eticizzante cristiana – alla *retribuzione* cattolico-liberale à la Bettiol, pure strenuo difensore della libertà morale del condannato. Del resto, sempre più studiosi – non Ferrajoli sia chiaro – tornano ad affermare che la pena si riduce a una canalizzazione razionalizzante del sentimento di vendetta.

Quanto all'*efficacia general-preventiva della pena*, nessuno è riuscito finora a fornire prove empiriche inoppugnabili, mentre l'impatto rieducativo si presta almeno a essere misurato tramite le statistiche sulla recidiva, che purtroppo latitano nel nostro paese. Ma se si escludono anche la prevenzione generale, o la “innocuizzazione” del reo perché lesiva della dignità umana, sarebbe forse più coerente aderire all'agnosticismo di chi invoca il contenimento del potere punitivo quale unico obiettivo del diritto penale.

Invece, Ferrajoli resta ancorato alla visione classica della prevenzione dei reati nell'interesse della collettività, a cui aggiunge lo scopo di prevenzione delle pene informali (vendette) nell'interesse dello stesso delinquente. Anche quest'ultimo argomento, così affascinante, non è immune da qualche ombra, perché rischia di innestare nello scopo della pena, che si vorrebbe razionalizzare, un parametro di per sé irrazionale, oltre che imprevedibile *ex ante*: la reazione informale della vendetta³⁸.

³⁶ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 309 ss.

³⁷ Ad es. A. VON HIRSCH, *Deserved Criminal Sentences*, Oxford, 2017.

³⁸ Per questo rilievo anche G. FIANDACA, *Luigi Ferrajoli e il diritto penale*, in *Ragion pratica*, 2020, 435.

Sul piano empirico, inoltre, Ferrajoli arguisce che «L'efficacia intimidatoria e deterrente del diritto penale [...] è massima per reati come l'omicidio e le violenze alle persone, ma anche per il crimine organizzato, per la corruzione e in generale per i delitti dei colletti bianchi, cioè per tutta la criminalità niente affatto necessitata dei ricchi e dei potenti, la quale prospera esattamente nella misura della sua impunità. Ma è pressoché nulla per la maggior parte dei reati contro il patrimonio, soprattutto se legati all'indigenza, alla tossicodipendenza o all'emarginazione. *Ad impossibilia nemo tenetur*» (p. 297). Il ragionamento, *in parte qua*, rischia di apparire un po' assiomatico. Sulla base del buon senso si potrebbe arrivare a conclusioni ben diverse, vale a dire che la pena possa svolgere una qualche funzione deterrente soprattutto per i reati minori o espressivi di razionalità economica. Per prevenire i crimini di sangue e tutti i più gravi reati passionali, la minaccia edittale può fare poco. Pensare che i loro autori, prima di agire, consultino il codice è del tutto inverosimile. Assai di più possono fare la cultura e – a partire dalla scuola e dalla famiglia – l'educazione, stimolando il rifiuto di ogni forma di violenza e il rispetto della donna (come antidoto al femminicidio).

Va da sé che neppure Ferrajoli o gli altri antagonisti della rieducazione da posizioni liberali (o radicali/libertarie) intendono lasciare i detenuti – compresi gli autori dei più gravi reati – ad abbrutirsi in celle promiscue o in isolamenti disumanizzanti, che non di rado spingono al suicidio (più di 90 nell'anno passato...). Nemmeno immaginano un'esecuzione penale ridotta a parentesi – più o meno lunga – di vita oziosa, contrassegnata da un vuoto assoluto e quasi nichilistico di fini. Leggiamo ancora Ferrajoli: «La soppressione dello scambio perverso tra benefici penali e progressi nella rieducazione non esclude che nelle carceri siano praticate attività scolastiche, culturali e di socializzazione idonee a promuovere il libero sviluppo della persona. Quanto al reinserimento sociale dei detenuti, esso dovrebbe essere realizzato per tutti, alla fine dell'esecuzione della pena, attraverso forme di assistenza pubblica finalizzate a reinserire socialmente la persona rimessa in libertà, procurandogli un lavoro e aiutandolo a reintegrarsi nella società»³⁹.

I penalisti “rieducazionisti” arrivano, di fatto, alle stesse conclusioni con diverse parole, sulle quali si continua a disputare.

³⁹ L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., 209.

6. L'aporetico "salvataggio" della confisca di prevenzione

Al di là delle riserve circa gli scopi della pena, nel sistema maestoso ed armonico elaborato da Ferrajoli si annida una sola vera aporia, che ci permettiamo di segnalare ferma l'ammirazione che suscita la sua opera. Ci riferiamo al passaggio in cui si liquida in poche battute la questione – tra le più dibattute oggi nel *certamen* dottrinale e presso le Corti superiori – della compatibilità con la Costituzione e le Carte dei diritti meta-nazionali delle misure di prevenzione patrimoniale.

La ciambella di salvataggio lanciata alla confisca preventiva recupera tre argomenti ricorrenti nella storia tormentata di questa pratica "punitiva": l'efficacia, in particolare nella lotta alla criminalità mafiosa (un tempo a preoccupare era soprattutto la lesa maestà, umana o divina); l'asserita non incidenza «sulle libertà fondamentali, ma solo su diritti patrimoniali, a tutela dei quali non esistono garanzie di rango costituzionale»; infine, il postulato sociologico secondo cui non «sono destinate a colpire soggetti deboli ed emarginati, come avviene per la maggior parte delle misure personali, ma soltanto arricchimenti di cui si sospetti l'illiceità quali proventi di attività criminali»⁴⁰. Su questo tripode poggia la tesi secondo cui sarebbe sufficiente affidare la proposta della misura all'autorità della polizia giudiziaria, anziché ai procuratori della Repubblica, per garantirne la tenuta costituzionale.

Riteniamo invece che questi argomenti non bastino, né possano far velo ai veri nodi della confisca di prevenzione che spaziano dall'assenza di un provvedimento di condanna (a cui finanche la confisca pre-moderna non rinunciava...), all'estensione ad ambiti d'illegalità che nulla hanno a che vedere con le mafie, al sensibile indebolimento dello standard probatorio anche ricorrendo a schemi presuntivi, alle ricadute rovinose sull'esistenza del prevenuto e dei suoi familiari potenzialmente estranei alle attività illecite ipotizzate. In queste storture cova la lesione di principi fondamentali del diritto penale e forse anche delle più blande tutele costituzionali (art. 42 Cost.) e convenzionali del diritto di proprietà (art. 1 Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU).

Purtroppo, la confisca di prevenzione si sta avvicinando nella pratica concreta proprio a quella *confiscatio bonorum* che attirò gli strali acuminati di Beccaria (e di altri illuministi), che nel cap. XXV ("Bando e confische") del testo fondativo della scienza penale moderna denunciò, con parole ancora attuali, l'intollerabilità di una

⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., 212.

pena utile ma ingiusta «che lusinga col bene momentaneo e colla felicità di alcuni illustri, sprezzando l'esterminio futuro e le lacrime d'infiniti oscuri»⁴¹.

7. Ciò che già sappiamo e il rischio di atrofia del pensiero

Nell'insieme, Ferrajoli ha sviluppato un paradigma teorico garantista in cui vibra il rispetto incondizionato per i diritti umani e che delinea magistralmente il *dover essere* del sistema dei delitti e delle pene in consonanza con le carte fondamentali. La *Summa* del garantismo penale che ha ri-composto fissa i pilastri essenziali del diritto penale razionale di matrice illuministica, rivisitato alla luce della realtà e delle esigenze odierne, anche con nuove luminose suggestioni circa la necessità di una nuova *Costituzione della terra*, che interpella le coscienze dei popoli prima che dei cultori del diritto.

Ricorrendo a categorie di pensiero spinoziano, possiamo dire che l'atteggiamento del giurista di fronte al sapere scientifico-penalistico consolidato dovrebbe oggi essere simile a quello del filosofo olandese di fronte alla conoscenza.

La scienza empirica ci occorre per arginare gli inganni del senso comune e non straniarci dalla realtà. Anche i dati – che Ferrajoli opportunamente ricorda in modo insistente – sul calo dei delitti più gravi, a cominciare dagli omicidi (309 nel 2022 contro i 1938 del 1991), a fronte del raddoppio dei detenuti, vanno in questa direzione.

D'altro canto, come penalisti, abbiamo già un bagaglio di conoscenze ed esperienze – per così dire di teoria applicata – sufficienti per comprendere cosa è meglio fare o non fare per custodire i valori della nostra democrazia costituzionale e dello Stato di diritto, e per valutare se una scelta legislativa in tema di delitti e di pene è valida, giusta, inutile o persino dannosa.

Ferrajoli ha cercato di perimetrare il territorio del nostro sapere, quello che dobbiamo custodire. La distanza siderale rispetto alle pratiche punitive reali disvela come «la società unita per un contratto sociale» e il legislatore che ne catalizza – e talvolta fomenta – i risentimenti siano restii ad applicare quello che già sappiamo.

⁴¹ Sia consentito il rinvio, per un approfondimento, al nostro V. MONGILLO, *L'intollerabilità di un'«utile ingiustizia»: storicità e attualità della critica illuministica alla confiscatio bonorum*, in V. Mongillo – M. Caterini – F. Muñoz Conde – A. Slokar (a cura di), *Radici e prospettive illuministiche nei sistemi penali contemporanei*, Pisa, 2024, 389-468.

Pensare, nell'epoca digitale che alimenta il populismo e sopprime il pensiero critico, pare sia divenuta l'attività più difficile. La società odierna di fronte ai grandi problemi della contemporaneità pare avere solo risposte semplificatorie e nessuna domanda. Non concede più spazio alla discussione razionale, al dubbio, alla sospensione del giudizio.

Dobbiamo fermarci a pensare, senza furori pregiudiziali né dogmatismi dell'intelletto: questo ci sembra il modo più fecondo anche di prestare ascolto al magistero di Luigi Ferrajoli.