

La giurisdizione, la sua crisi odierna e il suo futuro

The Judiciary, Its Contemporary Crisis and Its Future

LUIGI FERRAJOLI

Professore emerito, Università degli studi Roma Tre.

ABSTRACT

Questo saggio analizza la crisi del paradigma garantista della giurisdizione penale illustrando prima i fatti, cioè lo stato della nostra giustizia penale, e poi le norme di legge che tale stato hanno contribuito a provocare. Viene poi proposta l'alternativa garantista, resa ancor più necessaria ed urgente dal mutamento della fenomenologia della criminalità.

This essay analyzes the crisis of the garantist paradigm of criminal jurisdiction by first illustrating the facts, i.e., the state of our criminal justice system, and then the legal norms that have helped to bring about this state. The garantist alternative is then proposed, made all the more necessary and urgent by the changing phenomenology of crime.

KEYWORDS

stato costituzionale, garantismo, giurisdizione penale, fenomenologia della criminalità

constitutional state, garantism, criminal justice, phenomenology of crime

La giurisdizione, la sua crisi odierna e il suo futuro

LUIGI FERRAJOLI

1. *Il modello garantista della giurisdizione e la sua crisi odierna* – 2. *I fatti. Fenomenologia della giustizia penale odierna* – 3. *Le norme. Il crollo delle garanzie* – 3.1. *I reati* – 3.2. *Le pene* – 3.3. *I processi penali* – 4. *L'alternativa garantista: il diritto penale minimo* – 4.1. *I reati* – 4.2. *Le pene* – 4.3. *I processi* – 5. *Questione penale e questione criminale.*

1. *Il modello garantista della giurisdizione e la sua crisi odierna*

Le fonti della legittimazione della giurisdizione nello Stato costituzionale, a mio parere, sono due: l'una di carattere formale, l'altra di carattere sostanziale. La prima consiste nella sua natura essenzialmente cognitiva, quale soggezione alla legge, che dalla legge richiede la formulazione tassativa dei suoi presupposti. La seconda consiste nella garanzia dei diritti delle persone e, in materia penale, del loro diritto a non subire ingiuste offese delittuose né ingiuste punizioni.

Queste due fonti della legittimazione della giurisdizione si sono affermate con le due grandi rivoluzioni istituzionali che hanno segnato la storia della modernità giuridica: la prima con il mutamento del diritto intervenuto con il *positivismo giuridico*, che equivale alla nascita della politica moderna quale produzione e trasformazione del diritto vigente e perciò delle regole dei rapporti sociali; la seconda con quel completamento del positivismo giuridico e dello stato di diritto che è stato il costituzionalismo rigido, che equivale alla subordinazione anche della politica al diritto, cioè ai diritti fondamentali e ai principi della pace e dell'uguaglianza, a loro volta positivizzati in quei patti di convivenza sopra-ordinati a qualunque potere che sono le odierne costituzioni.

Grazie a queste due fonti di legittimazione – la positivizzazione tassativa dell'intero diritto, del suo *essere* come del suo *dover essere* – si precisa e si chiarisce il carattere anti-maggioritario e indipendente della funzione giudiziaria: nessuna volontà di maggioranza può rendere vera o giusta una pronuncia basata su presupposti falsi e/o lesiva dei diritti delle persone. E si chiarisce altresì il principale fondamento della separazione dei pubblici poteri. Questo fondamento consiste nella diversità delle fonti di legittimazione delle due grandi classi nelle quali si possono distinguere tutte le pubbliche funzioni e che corrispondono alle due grandi dimensioni dell'esperienza: volontà e conoscenza, potere e sapere, produzione e applicazione del diritto, *legis-latio* e *iuris-dictio*, l'una deputata ad operare in quella che ho chiamato la *sfera del decidibile*, l'altra finalizzata alla difesa e all'attuazione di quella che, nelle democrazie costituzionali, ho chiamato la *sfera del non decidibile* (*che* o *che non*). Appartengono alla sfera discrezionale del decidibile le *funzioni di governo*, cioè le funzioni di innovazione o creazione di nuovo diritto: non solo quindi le funzioni in senso stretto governative e quelle a queste ausiliarie di tipo amministrativo, ma anche le funzioni legislative. Sono invece istituite a difesa e in attuazione della *sfera del non decidibile*, disegnata dai principi stipulati in costituzioni rigide, quelle che possiamo chiamare *funzioni di garanzia*, cioè di attuazione del diritto vigente: non solo, quindi, le funzioni giurisdizionali di *garanzia secondaria*, consistenti nell'applicazione sostanziale della legge alle sue violazioni, ma anche le funzioni amministrative di *garanzia primaria* dei diritti fondamentali – come la scuola e la sanità pubblica, la previdenza e l'assistenza sociale – vincolate anch'esse, come la giurisdizione, all'applicazione sostanziale del diritto vigente, cioè alla verità di quanto la legge prevede come loro presupposti e alla garanzia dei diritti delle persone¹.

¹ Rinvio, su questa revisione della tripartizione montesquieviana dei poteri, a FERRAJOLI 2007a, §§ 12.5-12.7 (862-979) e FERRAJOLI 2007b, §§ 14.10-14.12 (200-218). Cfr. Anche FERRAJOLI 2011, §§ 5.5-5.8 (247-263).

Oggi questo modello garantista della giurisdizione è profondamente in crisi: ampiamente violato dalle prassi giudiziarie e poliziesche e, ancor prima, dalla legislazione. La crisi è altresì sorretta da una parte rilevante della filosofia del diritto, che ignora il nesso concettuale tra garantismo e cognitivismo giudiziario e rinnega quelli che, del positivismo giuridico, sono i due principali tratti distintivi: la separazione tra diritto e morale e il carattere non creativo della giurisdizione. Sul piano meta-teorico, inoltre, essa è aggravata dal prevalere, tra i giuristi, di un approccio realistico e descrittivo. Gran parte della dottrina giuridica sembra aver abbandonato il ruolo critico e progettuale imposto dal carattere artificiale del diritto vigente, quale frutto di scelte politiche e, soprattutto, dalla normatività dei principi costituzionali. Basti pensare al rapporto della dottrina con la giurisprudenza. In un passato non lontano la giurisprudenza era sottoposta alla critica costante della scienza giuridica. Oggi accade spesso il contrario: le massime giurisprudenziali sono utilizzate come i principali argomenti a sostegno delle tesi dottrinarie. L'approccio descrittivo si manifesta così nell'abbandono dei punti di vista critici e progettuali generati dal positivismo giuridico tra il *dover essere* normativo e l'*essere* effettivo del diritto: in primo luogo la divaricazione, assiologica ed esterna al diritto, tra *giustizia* e *validità* giuridica, cioè tra il *dover essere* del diritto dal punto di vista della giustizia o della morale e il suo *essere* nelle norme di diritto positivo; in secondo luogo la divaricazione, giuridica e interna allo stesso diritto positivo, tra *validità* e *vigenza*, cioè tra il *dover essere* costituzionale del diritto disegnato dai principi stipulati nelle costituzioni e il suo *essere* legislativo; infine la divaricazione, fattuale ed esterna al diritto positivo, tra *vigenza* ed *effettività*, cioè tra il *dover essere* normativo del diritto e la realtà, con esso largamente in contrasto, del suo *essere* effettivo nelle prassi giudiziarie e poliziesche.

Nei due paragrafi che seguono analizzerò la crisi del paradigma garantista della giurisdizione penale illustrando prima i fatti, cioè lo stato della nostra giustizia penale, e poi le norme di legge che tale stato hanno contribuito a provocare². Proporrò poi l'alternativa garantista, resa ancor più necessaria ed urgente dal mutamento della fenomenologia della criminalità.

2. I fatti. Fenomenologia della giustizia penale odierna

Cominciamo dalla realtà di fatto della nostra giustizia penale. Negli ultimi 30 anni la criminalità, in Italia, è crollata. Gli omicidi, che nel 1991 furono 1938, sono oggi poco più di 300 ogni anno – 309 nel 2022, 271 nel 2021 – e anche gli altri reati sono in larga parte diminuiti. Contemporaneamente, tuttavia, la popolazione carceraria è quasi raddoppiata: i detenuti erano 31.053 nel 1991 e sono oggi 58.083; gli ergastoli sono più che quadruplicati, passando dai 408 del 1992 agli attuali 1867, due terzi dei quali, 1267, aggravati come “ergastoli ostativi”, cioè che ostano all'applicazione dei benefici di pena previsti dalla legge penitenziaria del 1975 e dalla legge Gozzini del 1986. Rispetto agli anni Sessanta, il numero dei suicidi in carcere è più che triplicato. Simultaneamente si è aggravata la crisi della legalità penale ed è cresciuto il potere discrezionale dei giudici e più ancora dei pubblici ministeri.

Ci sono due categorie di persone contro i quali si è maggiormente accanito il nostro sistema politico e giudiziario: i migranti e i detenuti, gli uni e gli altri identificati dalla demagogia populista come i nemici ideali contro cui mobilitare l'opinione pubblica. Le destre populiste hanno infatti dato vita a un doppio binario della giustizia penale: tolleranza e diritto penale minimo per la criminalità invisibile del potere, durezza inflessibile e diritto penale massimo per la ben più visibile delinquenza di strada dei poveri. E' quella che una volta chiamavamo giustizia di classe e che oggi possiamo chiamare garantismo della disuguaglianza.

L'aspetto più grave di questo imbarbarimento – prodottosi in maniera vistosa in Italia, ma in diversa misura in gran parte delle democrazie avanzate, e in particolare negli Stati Uniti³ – con-

² A questa crisi del modello garantista, alle sue ragioni e alle proposte di un suo superamento è dedicato il mio ultimo libro, FERRAJOLI 2024.

³ Negli anni Settanta e nei primi anni Ottanta il tasso di carcerazione negli Stati Uniti era analogo a quello dei

siste nel fatto che in esso la demagogia populista ha scoperto una fonte inesauribile di consenso elettorale. Di qui l'invenzione di un nuovo metodo legislativo: la produzione compulsiva, a partire da una prima legge base, di una serie ininterrotta di leggi – di solito decreti legge, le cui sole ragioni di necessità e di urgenza sono quelle dettate dalla demagogia – dirette ciascuna ad aggravare le precedenti, estendendone i presupposti e i destinatari, accentuandone la durata e l'afflittività e ostentandone, a beneficio degli elettori, la disumanità. Ne è seguito un abbassamento della nostra democrazia. Il consenso a queste leggi a ripetizione equivale infatti, ben prima che a un suo avallo democratico, a un crollo dello spirito pubblico e del senso morale a livello di massa. La disumanità e l'immoralità, quando vengono esibite e ostentate dalle istituzioni, diventano contagiose: non capiremmo il fascismo e il nazismo senza questo ruolo performativo del senso comune svolto dalla loro legittimazione ufficiale ai vertici dello Stato.

La campagna più velenosa è quella contro i migranti. Emigrare è un diritto fondamentale, stabilito in tutte le carte dei diritti umani ed anche nell'art. 35, 4° comma della Costituzione italiana. E' anche il più antico dei diritti umani, essendo stato proclamato fin dal secolo XVI da Francisco De Vitoria a sostegno dell'occupazione spagnola del "nuovo mondo". Per secoli è stato alla base delle conquiste, delle colonizzazioni e delle depredazioni dei paesi poveri del mondo da parte delle potenze europee, quando erano gli europei che potevano "emigrare" e non viceversa. Oggi che l'asimmetria si è ribaltata e sono quanti fuggono da quei paesi che esercitano il diritto di emigrare, l'esercizio di quel diritto si è trasformato in delitto ed è represso con la stessa ferocia con cui fu brandito nell'età coloniale

Non meno violenta è stato l'aggravamento delle condizioni di vita dei detenuti, prodotta anch'essa, negli ultimi 30 anni, da una legislazione che ha chiuso la breve stagione riformatrice inaugurata nel 1975 e informata all'umanizzazione delle pene. Oggi, come mostrano le statistiche già ricordate, la sola politica carceraria consiste nell'aumento delle pene e della loro afflittività. Se la civiltà di un paese, scrisse Montesquieu, si misura dalla mitezza delle sue pene⁴, questi continui inasprimenti punitivi segnalano una pesante regressione civile del nostro paese. Ma ancor più penosa è la regressione politica, morale e culturale espressa dall'unanime consenso ad essi prestato dall'intero ceto politico. Ancora negli anni Novanta la grande maggioranza dei parlamentari italiani era favorevole all'abolizione dell'ergastolo, che infatti fu approvata il 30 aprile 1998 dal nostro Senato, con 107 voti favorevoli, 51 contrari e 8 astenuti⁵. Oggi quasi tutte le forze presenti in Parlamento respingono con fermezza l'accusa di essere a favore dell'abolizione dell'ergastolo e perfino dei suoi inutili inasprimenti nella varie forme del carcere duro. E' questa disumanizzazione del dibattito politico e, stando ai sondaggi, della pubblica opinione che deve preoccuparci sul futuro della nostra democrazia.

3. *Le norme. Il crollo delle garanzie*

Come si spiegano questi mutamenti regressivi? Le cause sono molteplici: il clima di costante emergenza alimentato dal ceto politico, in risposta dapprima al terrorismo e poi alla mafia; le

paesi europei (96 su 100.000 nel 1973 e percentuali di poco superiori fino al 1985). Nel 2018 è salito a 724 ogni 100.000 abitanti, senza che frattanto si siano avuti mutamenti significativi nel numero dei reati commessi. Ben 2.145.100 sono le persone detenute nelle 4.575 prigioni statunitensi (locali, statali, federali e private ai vari livelli): più del 20% dei detenuti in tutto il mondo, con una popolazione statunitense che è il 4,4% della popolazione mondiale.

⁴ Cf. MONTESQUIEU 1951, 252; MONTESQUIEU 1965, 168-169: «La severità delle pene si adatta di più al governo dispotico, il quale ha il terrore come principio, che non alla monarchia e alla repubblica... In tutti o quasi gli Stati europei la diminuzione o l'aumento delle pene ha sempre coinciso con l'avvicinarsi o l'allontanarsi della libertà... La mitezza impera nei governi moderati».

⁵ Si ricordi la bella relazione di Salvatore Senese che introdusse il dibattito parlamentare, *Per l'abolizione dell'ergastolo*, ora in SENESE 2021, 229-242.

incessanti campagne sulla sicurezza dirette a terrorizzare l'opinione pubblica onde ottenerne il consenso a inutili eccessi punitivi; la maggiore durezza, nei confronti della criminalità di strada, sia delle leggi che dei giudizi; l'ossessione punitivista che ha colpito il nostro paese e la diffusione, indotta dai populismi, della domanda sociale di pene severe e vendicative. E' chiaro che questa domanda è stata non solo soddisfatta, ma assecondata e alimentata dai vari populismi al potere. Ne è seguita una pesante regressione di tipo autoritario e illiberale del nostro sistema penale, manifestatasi nel crollo delle garanzie e nel declino del garantismo nella cultura sia del ceto politico che del ceto giudiziario. Questa regressione ha colpito tutti e tre i momenti della fenomenologia del diritto penale: il reato, la pena, il processo.

3.1. I reati

In primo luogo la crisi, anzi il crollo della legalità penale, sia sul piano quantitativo che sul piano qualitativo. La crisi si è manifestata da un lato nella quantità sterminata dei reati, dall'altro, sul piano qualitativo, dall'assenza di tassatività delle figure di reato. Le norme penali si contano ormai a decine di migliaia. Si calcola che il numero dei reati si aggiri intorno ai 35.000. L'inflazione delle leggi è arrivata al punto che la Corte costituzionale italiana ha dovuto archiviare come irrealistico, con la sentenza n. 364 del 1988, il classico principio della non scusabilità dell'*ignorantia legis*.

All'inflazione legislativa si è aggiunta una crescente indeterminatezza del linguaggio delle leggi che ha raggiunto forme di vera inconsistenza. È questo il secondo aspetto della crisi della legge penale: la vaghezza, l'oscurità, la tortuosità e talora la contraddittorietà dei testi legislativi, gli articoli divisi in decine di commi taluno dei quali lungo pagine intere, gli innumerevoli rinvii ad articoli e commi di altre leggi indicate solo con il loro numero e la loro data e gli interminabili e intricati labirinti normativi nei quali rischia sempre di perdersi qualunque interprete. Un esempio preso a caso: l'art.4 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, con cui è stato inaugurato, in Italia, il governo di destra della XIX legislatura. Esso dispone: «All'articolo 25 della legge 13 settembre 1982, n. 646, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, dopo le parole: "nei cui confronti" sono inserite le seguenti: "sia stato adottato un decreto di cui al comma 2-bis dell'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354"; b) al comma 3 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Copia del decreto di cui al comma 2-bis dell'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, è trasmessa, a cura del Ministero della giustizia, al nucleo di polizia economico-finanziaria di cui al comma 1"». Sarebbe interessante sapere quante persone, tra quanti hanno votato queste parole nel Consiglio dei ministri e poi in Parlamento, abbiano capito il senso di questa tipica espressione della volontà popolare.

Si capisce come una simile crisi della legalità, oltre a compromettere la capacità regolativa della legge e perciò la dimensione politica della democrazia, sia un potente fattore di espansione del potere giudiziario. Tutte le garanzie penali – la stretta legalità, l'offensività dell'evento, la materialità dell'azione e la colpevolezza dell'autore –, dalle quali dipendono la verificabilità e la falsificabilità in astratto delle ipotesi accusatorie, risultano travolte dalla deriva inflazionistica della legislazione, dall'oscurità e prolissità delle leggi e dal conseguente caos normativo. Generando spazi illegittimi di creatività giudiziaria, questo dissesto della legalità contraddice la separazione dei poteri, oscura i confini tra politica e giurisdizione, favorisce le loro reciproche invadenze di campo, mina alla radice l'obbligatorietà dell'azione penale, costringendo alla formulazione *extra legem* di "criteri di priorità", ed apre spazi incontrollabili di incertezza, di discrezionalità e talora di arbitrio all'iniziativa e al giudizio penale, indebolendone entrambe le fonti di legittimazione: la funzione di accertamento della verità processuale e la garanzia dei diritti delle persone.

3.2. Le pene

In secondo luogo la regressione antigarantista del nostro sistema penale si è manifestata, in maniera ancor più brutale, nella legislazione draconiana in tema di pene. Ho già ricordato il raddoppio della

popolazione carceraria e la quadruplicazione degli ergastoli in questi ultimi 30 anni. La mutazione più grave è stata la comparsa, in Italia, di ben due regimi di carcere duro, di cui l'uno è il presupposto dell'altro: il carcere duro introdotto nell'ordinamento penitenziario dall'art. 4-bis, detto "ostativo" perché non consente la concessione dei permessi e delle misure alternative al carcere, e il carcere ancor più duro, consistente in ulteriori aggravamenti, introdotto dall'art. 41-bis del medesimo ordinamento. Entrambi sono il prodotto del nuovo metodo legislativo già illustrato: la legislazione compulsiva ad aggravamenti crescenti, in forza della quale, a partire da un primo intervento repressivo, le leggi successive infieriscono sempre più crudelmente sui loro sempre più numerosi destinatari

Il primo regime speciale è quello cosiddetto "ostativo", previsto dall'art. 4-bis. Introdotto nel 1991, esso prevedeva che per i reati di mafia l'accesso ai permessi premio e alle misure alternative alla detenzione fosse condizionato alla cessazione di qualunque collegamento del detenuto con le sue organizzazioni criminali. Questa condizione negativa è stata trasformata, dal decreto-legge n. 306 dell'8.6.1992 emanato dopo la strage di Capaci, nella condizione positiva che i detenuti "collaborino con la giustizia". E' una violazione vistosa di un elementare principio di civiltà, quello secondo cui nessuno è tenuto a collaborare con la giustizia incolpando altri. Applicato all'ergastolo tale regime lo converte sostanzialmente nella pena perpetua, senza speranza, che la Corte Costituzionale ha ripetutamente censurato. Inoltre, con una serie innumerevole di leggi, l'applicazione di questo art. 4-bis è stata estesa a una lunga serie di reati non di mafia, al punto che i detenuti in tale regime sono oggi 9.529.

Il secondo regime di carcere duro, anzi durissimo, è quello previsto dall'art. 41-bis. Introdotto nell'ordinamento penitenziario del 1975 dalla legge Gozzini del 1986, questo art. 41-bis si limitava ad affidare al Ministro della giustizia il potere di sospendere in una o più carceri", in casi eccezionali di rivolte, le "normali regole di trattamento". Successivamente ha cambiato natura. Non è più una misura generale del governo del carcere affidato al Ministro della giustizia, ma un vero mutamento della pena irrogata dai giudici a singoli e determinati detenuti. Con il decreto n. 306 del 1992 è stato infatti introdotto, nell'art. 41-bis, un secondo comma, che attribuisce al Ministro il potere di sospendere le "normali regole di trattamento" anche "nei confronti dei detenuti o internati" per taluno dei delitti previsti dall'art. 4-bis, onde impedirne i collegamenti con le loro associazioni criminali. Istituito nel 1992 come eccezionale e temporaneo, questo potere ministeriale di aggravare le pene è stato reso permanente nel 2002; è stato esteso, a seguito di ripetute integrazioni, ai condannati per reati diversi da quelli di mafia e, soprattutto, è stato accompagnato da svariate vessazioni lesive dei diritti della persona – la riduzione del numero di ore di permanenza all'aperto, la limitazione degli oggetti, come libri o quaderni, di cui egli possa disporre –, del tutto estranee alle esigenze della sicurezza.

Entrambe queste forme di carcere duro sono incostituzionali. Per tre motivi. Innanzitutto esse consistono in "trattamenti contrari al senso di umanità" vietati dall'art. 27, comma 3° della costituzione italiana. In secondo luogo, e soprattutto, sono in contrasto con il principio di legalità penale: sono infatti *pene nella pena*, applicate senza che ricorra il "fatto commesso" mancando il quale, dice l'art. 25, comma 2° della costituzione, "nessuno può essere punito". Infine l'incostituzionalità più vistosa: il regime ex art. 41-bis è una misura politica, decisa dal ministro della giustizia in contrasto con il principio della separazione dei poteri e con la riserva di giurisdizione stabilita dall'art. 13, 2° comma della Costituzione secondo cui «non è ammessa forma alcuna di detenzione... né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria». In forza di tale misura politica, il ministro interferisce nell'esercizio della giurisdizione, proprio in ordine al suo momento più importante: la decisione sui presupposti e sulla misura della limitazione della libertà personale.

3.3. I processi penali

Infine la regressione antigarantista si è manifestata anche nell'abbassamento delle garanzie processuali. Il principio della "parità" delle parti stabilito dal comma 2° dell'art. 111 della Costituzio-

ne è vistosamente leso dalla segretezza che grava sulla fase delle indagini e che di fatto neutralizza il ruolo della difesa. «Gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria», stabilisce l'art. 329 c.p.p., «sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa venire a conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini»; cosa che avviene, dice l'art. 415-bis, con «l'avviso all'indagato della conclusione delle indagini», il quale «contiene la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatti» e «l'avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria del pubblico ministero e che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di prenderne visione ed estrarne copia». Ma neanche con questo atto l'imputato viene informato, come invece impone l'art. III comma 3° della Costituzione, «dei motivi dell'accusa elevata a suo carico», cioè degli elementi di prova che sono stati raccolti contro di lui e che egli, ove si stabilisse che siano portati a sua conoscenza, avrebbe la possibilità di contestare quanto meno davanti al giudice dell'udienza preliminare onde evitare il rinvio a giudizio.

Per altro verso, il principio della separazione tra accusa e difesa, che forma l'anima del processo accusatorio, è contraddetto, nel corso del processo, da quelle forme di collaborazione premiata che consistono nella confessione in cambio di una riduzione delle accuse o delle pene. Si sostiene di solito, a sostegno di queste pratiche, che la discrezionalità dell'azione penale e il conseguente spazio aperto ai patteggiamenti rappresentano un tratto caratteristico del processo accusatorio statunitense. Ma questo non vuol dire affatto che, del processo accusatorio, essi costituiscano un connotato di carattere teorico o concettuale. Una simile tesi è il frutto della confusione tra il modello teorico del processo accusatorio e due sue caratteristiche storiche, originariamente inevitabili ma oggi scomparse senza che quei due tratti, negli Stati Uniti, siano stati anch'essi abbandonati. E' chiaro che alle origini, quando il processo accusatorio era un processo di parti, sia la non obbligatorietà e la discrezionalità dell'azione penale che la possibilità delle parti di patteggiare la pena e comunque di transigere sull'esito del giudizio erano inevitabili. Ma questi medesimi caratteri – che non hanno nulla a che vedere con il modello teorico del processo accusatorio, ed anzi, coinvolgendo l'accusato nella funzione accusatoria, deformano pesantemente il processo in senso inquisitorio – perdono qualunque plausibile ragion d'essere una volta istituito l'ufficio della pubblica accusa.

In Italia, fortunatamente, la stipulazione del principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera dell'art. 112 della Costituzione ha impedito l'introduzione del principio di opportunità o discrezionalità dell'azione penale e salvaguardato, insieme al principio di uguaglianza di cui l'obbligo dell'azione penale è un corollario, l'indipendenza del pubblico ministero dal potere politico e, soprattutto, la mancata trasformazione delle imputazioni in oggetto di trattative. Sono state invece codificati riti alternativi e forme di giustizia concordata – il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti – all'insegna di un singolare potere dell'accusa e della difesa, indebitamente associato al modello teorico accusatorio, di patteggiare sulla misura della pena.

Questi traffici – che in Italia non superano il 30% dei processi – sono stati i principali responsabili del boom penitenziario americano, essendosi trasformati, negli Stati Uniti, in procedure sommarie di incarcerazione della povertà senza processo. Essi riguardano il 95% delle condanne, tanto che è difficile continuare a chiamare accusatorio il processo statunitense nel quale il pubblico contraddittorio è riservato solo al 5% dei giudizi. Assai più che “riti alternativi”, essi sono in realtà “alternative al processo”, risolvendosi di fatto in procedure ricattatorie in forza delle quali il malcapitato viene dalla pubblica accusa, con il coltello dalla parte del manico, posto di fronte all'alternativa tra la scelta di un pubblico dibattimento, nel quale sarà destinato quasi certamente alla condanna perché privo di adeguate difese, e l'accettazione di una pena inferiore a quella edittale e magari il non esercizio dell'azione penale per altre possibili imputazioni. Non a caso la gran parte degli oltre 2 milioni di detenuti nelle prigioni statunitensi sono persone povere, di colore, socialmente emarginate.

Un processo penale degno di questo nome deve rifiutare simili mercimoni, che coinvolgono la persona indagata nel ruolo dell'accusa, ne ledono la libertà morale che il nostro stesso codice di procedura dichiara, negli artt. 64 comma 2° e 188, di voler garantire⁶, violano vistosamente il diritto dell'imputato al silenzio e annullano la separazione tra accusa e difesa che è la condizione di un autentico contraddittorio. Questi riti alternativi con i loro patteggiamenti non sono riformabili. Vanno semplicemente aboliti. L'argomento a loro sostegno è l'enorme mole e l'eccessiva durata dei processi svolti con le garanzie del pubblico dibattimento. Ma qui abbiamo un rimedio peggiore del male: un male che può e deve essere soppresso alla radice, come ora vedremo, con l'opzione per un diritto penale minimo, che assicuri l'efficienza del processo oltre alla tenuta delle garanzie penali e processuali.

4. *L'alternativa garantista: il diritto penale minimo*

L'alternativa razionale a questo sfascio del diritto e della giurisdizione penale è una rifondazione del loro modello garantista e costituzionale. Coniugandosi con l'opzione per il diritto penale minimo, questo modello disegna anche le sole strategie in grado di garantire l'efficienza del sistema penale. Indicherò le più rilevanti di queste strategie distinguendole, di nuovo, a seconda che riguardino i reati, le pene o i processi.

4.1. *I reati*

In tema di reati la principale strategia in grado di realizzare il modello garantista è una radicale rifondazione della legalità penale: la trasformazione della riserva di legge in materia penale in una *riserva di codice*⁷, accompagnata da una norma sulla chiarezza e la precisione del linguaggio legale. In forza di questo principio, che per essere vincolante va formulato da una norma costituzionale⁸, nessuna norma penale o processuale potrebbe essere emanata se non attraverso modifiche o integrazioni del codice penale o del codice di procedura penale, che peraltro dovrebbero essere formulate con parole chiare, semplici e comprensibili a tutti. I codici verrebbero a configurarsi come testi normativi al tempo stesso esaustivi ed esclusivi dell'intera materia penale, conoscibili dal cittadino quali razionali sistemi di regole di condotta e dotati di interna coerenza, chiarezza e sistematicità. Verrebbero accresciute la loro certezza e la loro capacità regolativa nei confronti tanto dei cittadini quanto dei giudici. La *tabula rasa* dell'attuale caos normativo offrirebbe l'occasione per decidere non già ciò che va depenalizzato ma ciò che va penalizzato, sulla base di un radicale ripensamento del catalogo dei beni meritevoli di tutela penale in accordo con i principi della Costituzione. Si avrebbe inoltre una semplificazione del diritto penale: i reati consisterebbero tutti in delitti, con i medesimi elementi costitutivi, sia oggettivi che soggettivi, e sarebbero tutti punibili con gli stessi tipi di pena.

Ne risulterebbe eliminato tutto l'enorme diritto penale burocratico che oggi impegna ed ingolfa la macchina giudiziaria. Di esso fanno parte – e dovrebbero perciò, a mio parere, essere de-

⁶ I due articoli – 64, 2° comma e 188 c.p.p – sono identici: «Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

⁷ Ho più volte proposto la stipulazione di una riserva di codice in materia penale, che peraltro, per vincolare il legislatore, deve essere stabilita da norme costituzionali: in FERRAJOLI 1996, 537-538; FERRAJOLI 2016, 223-236; FERRAJOLI 2017b, § 15.16 (388-391) e, da ultimo, in FERRAJOLI 2011, § 5.5 (247-251).

⁸ Una riserva di codice, rimasta totalmente ineffettiva perché formulata da una norma di legge ordinaria, è stata introdotta in Italia dal decreto legislativo n. 21 del 2018, in attuazione della legge delega n. 103 del 2017 che ha inserito nel codice penale il seguente articolo *3bis*: «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia».

penalizzate e tramutate in illeciti amministrativi, per il loro carattere evidentemente non grave – tutte le contravvenzioni e tutti i reati puniti con la sola pena pecuniaria, talora addirittura inferiore a molte sanzioni pecuniarie amministrative. Se un fatto viene configurato come contravvenzione o punito solo con una multa, vuol dire che non è ritenuto lesivo di alcun diritto o bene o interesse fondamentale, se non altro perché nessun diritto o bene fondamentale può essere monetizzato. Se poi si ritiene che taluni di questi reati contravvenzionali o puniti con la sola multa siano meritevoli, per la loro gravità, di essere proibiti e puniti penalmente, allora essi vanno trasformati in delitti e puniti con le pene a questi riservate. Si avrebbe inoltre l'occasione per sopprimere tutto quello che possiamo chiamare diritto penale declamatorio, perché consistente nella previsione come reati di fatti che le pene non sono in grado di prevenire ma solo di declamarne l'illiceità e di rendere clandestini, come l'aborto e l'uso personale di droghe. La giustizia penale non può essere disturbata né tanto meno disturbare i cittadini per illeciti scarsamente offensivi o peggio non prevenibili con le pene.

4.2. *Le pene*

In tema di pene, il modello garantista ne impone una riforma non meno radicale. Dobbiamo riconoscere che, in contrasto con il suo modello teorico di pena uguale ed esattamente predeterminata dalla legge, la reclusione carceraria è una pena profondamente disuguale e indeterminata nei contenuti. Le carceri sono tutte diverse l'una dall'altra e, all'interno di ciascun carcere, è diversa, di fatto, la condizione di ciascun detenuto. Come ha osservato Tatiana Effer in un libro recente, la reclusione attuale, proprio perché consiste in una lunga serie di afflizioni non previste dalla legge, difetta di tassatività, in violazione, quindi, sia del principio di stretta legalità penale, sia dei principi di uguaglianza e di dignità della persona del detenuto⁹.

Il solo modo per realizzare la tassatività della pena detentiva è perciò la soppressione di tutte le vessazioni e le afflizioni – a cominciare, ovviamente, da ogni forma di carcere duro – che di fatto si aggiungono, nella detenzione carceraria, alla privazione della libertà personale e ne differenziano l'afflittività. Si darebbe così attuazione al principio, più volte stabilito dalla Corte costituzionale italiana, che la pena detentiva deve consistere nella sola privazione della libertà personale¹⁰; sicché tutti gli altri diritti – il diritto all'integrità fisica, l'immunità da maltrattamenti, le classiche libertà fondamentali, fino al diritto alla salute e all'istruzione – dovrebbero restare in via di principio garantiti anche ai detenuti. Il solo tipo di carcere idoneo a realizzare la tassatività delle pene sarebbe insomma il carcere modello, quale quello realizzato in Italia dal carcere di Bollate.

4.3. *I processi*

In tema di processi, il modello garantista impone che ne sia pienamente realizzata la struttura triadica, attraverso la garanzia della più rigida separazione tra i tre protagonisti del processo: il giudice, l'accusa e la difesa.

Tutte le garanzie processuali, infatti, altro non sono che la traduzione in norme giuridiche delle regole elementari dell'induzione empirica: 1) l'onere della prova a carico della *pubblica accusa*, che altro non è che l'onere di produrre conferme empiriche dell'ipotesi accusatoria, idonee a motivarne, per *modus ponens*, l'accettazione come vera; 2) il diritto di *difesa dell'imputato*, che altro non è che il contraddittorio e la messa alla prova della medesima ipotesi attraverso la sua esposizione, per

⁹ EFFER (mns.), cap. IV. Tatiana Effer propone, in accordo con il principio beccariano e kantiano della persona come fine e mai come cosa o mezzo, una rifondazione garantista della teoria della pena sulla base della concezione del detenuto come soggetto e mai come oggetto: egli “è il soggetto degli obblighi e dei divieti fissati dalla sanzione e non l'oggetto su cui si esercita l'atto punitivo” (EFFER (mns.), Introduzione).

¹⁰ Sentenze n. 114 del 1976 e n. 26 del 1999.

modus tollens, alle contro-prove e al suo possibile rifiuto come falsa; 3) la valutazione delle prove e delle controprove da parte di un *giudice terzo*, che altro non è che l'imparzialità della decisione sull'accettazione o sul rigetto dell'ipotesi accusatoria. Le garanzie processuali sono dunque la trasposizione istituzionale, sulla scena del processo, della logica induttiva della ricerca scientifica. Con una sola, fondamentale differenza: mentre nella logica induttiva adottata dalle scienze empiriche o dalla storiografia le tre regole e i tre momenti sopra indicati appartengono a un medesimo ragionamento, nel processo essi corrispondono a interessi e a funzioni diverse ed opposte: l'accusa, la difesa e il giudice *super partes*. Di qui la necessità che i tre momenti dell'induzione probatoria vengano impersonati, sulla scena del processo, da tre soggetti non solo diversi, ma tra loro rigidamente separati perché portatori di interessi diversi e tra loro contrapposti.

Ne consegue l'incompatibilità, con il modello garantista della giurisdizione, dei patteggiamenti e di altre forme di collaborazione premiata, che equivalgono sempre a forme di confusione e coinvolgimento della difesa nell'opera dell'accusa. Ma ne risulta anche l'insostenibilità della disparità tra le parti che si manifesta nella segretezza in tutta la fase delle indagini. Per attenuare, se non per superare questa disparità occorrerebbe quanto meno, a mio parere, che l'avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari previsto dall'art. 415-bis del codice di procedura, anziché limitarsi a fornire "la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatti", contenesse anche l'indicazione di tutte le prove raccolte a carico dell'imputato. Solo così l'imputato potrebbe tempestivamente contestare il fondamento dell'accusa e così bloccare sul nascere il processo nei suoi confronti, prima del rinvio a giudizio, così limitando lo strapotere dei pubblici ministeri.

5. *Questione penale e questione criminale*

La rifondazione garantista qui sommariamente illustrata della giurisdizione penale è oggi imposta anche da un paradossale contrasto intervenuto in questi anni tra questione penale e questione criminale. Mentre la vecchia criminalità individuale, come si è mostrato nel § 2, è letteralmente crollata, è cresciuta la criminalità dei potenti: dei poteri criminali, cioè delle mafie e delle camorre, e dei crimini del potere, dalle corruzioni alle truffe allo Stato e alle devastazioni dell'ambiente. Ma non è cambiata la questione penale: diritto e giurisdizione penale si occupano, ancor più che in passato, soprattutto della vecchia criminalità di strada, come provano gli innumerevoli "pacchetti sicurezza" contro immigrati ed emarginati e come mostra la composizione della popolazione carceraria, dove i "colletti bianchi" detenuti – anche grazie al garantismo del privilegio sviluppatosi simultaneamente a sostegno dei potenti – sono solo il 3,5%.

Un diritto penale razionale e garantista dovrebbe invece orientarsi verso le forme del diritto penale minimo sopra illustrato, onde dedicare mezzi ed energie soprattutto alla ben più offensiva criminalità dei potenti. Dovrebbe inoltre liberarsi dall'idea che il diritto penale sia il solo o quanto meno il principale strumento di lotta alla criminalità. Il diritto penale è solo l'ultima e la più infelice delle strategie di contenimento della criminalità di strada e di sussistenza. Ben più efficaci sarebbero le politiche sociali in tema di lavoro, di istruzione e di assistenza e, per quanto riguarda i reati di sangue, la rigida messa al bando di tutte le armi. Perfino la prevenzione della delinquenza dei colletti bianchi potrebbe avvenire, in maniera incomparabilmente più efficace di quanto avvenga con il diritto penale, con talune semplici riforme istituzionali: in primo luogo con la sburocraizzazione dello stato sociale, cioè con la riduzione degli spazi di discrezionalità – fonte principale di arbitri, discriminazioni e corruzione – generati dall'inutile, complicata e costosa mediazione burocratica interposta tra i diritti sociali e le prestazioni che ne sono le garanzie, e la sua sostituzione con la loro garanzia quanto più possibile *ope legis*; in secondo luogo con l'attuazione di una ben più rigida separazione tra poteri istituzionali e poteri extra-istituzionali: da un lato tra poteri politici e poteri economici, onde ridurre i conflitti d'interesse e i condizio-

namenti dei primi da parte dei secondi e ristabilire il rapporto di governo, oggi ribaltato, della politica sull'economia; dall'altro tra i poteri politici e i poteri sociali, onde restituire i partiti, oggi identificati con le loro rappresentanze elettorali, al loro ruolo di organi della società, quali luoghi di formazione della volontà popolare, in grado di controllare i loro rappresentanti in maniera assai più efficace e fisiologica di quanto non faccia la giustizia penale¹¹.

¹¹ Su queste riforme, qui solo accennate, rinvio a FERRAJOLI 2024, cap. VII.

Riferimenti bibliografici

- EFFER T. (mns.). *La pena in bianco. La legalità “nella misura del possibile”*, manoscritto non pubblicato.
- FERRAJOLI L. 1996. *La pena in una società democratica*, in «*Questione giustizia*», 3-4, 1996, 537 ss.
- FERRAJOLI L. 2007a. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. 1. *Teoria del diritto*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2007b. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. 2. *Teoria della democrazia*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2011. *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2016 [2001]. *Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva di codice*, (2001), ora in ID., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di IPPOLITO D., SPINA S., Editoriale Scientifica, 2° ed., 223 ss.
- FERRAJOLI L. 2024. *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza.
- MONTESQUIEU C.L. 1951 [1721]. *Lettres Persanes*, LXXX, in ID., *Oeuvres complètes*, vol. I, Gallimard.
- MONTESQUIEU C.L. 1965 [1748]. *Lo spirito delle leggi*, (tr. it. a cura di S. Cotta), Utet.
- SENESE S. 2021. *Per l'abolizione dell'ergastolo*, ora in ANASTASIA S., CORLEONE F., PUGIOTTO A. (eds.), *Contro gli ergastoli. Perché il carcere a vita non è la soluzione, ma il problema da risolvere*, Futura, 229 ss.