

Libro del Mese

dei condizionamenti del soggetto giudicato". Se, in generale, l'intera opera si raccomanda alla lettura di chi intenda esercitare una professione giudiziaria, le pagine sull'equità dovrebbero a mio avviso costituire parte di un corso di deontologia professionale per i giovani che si avviano alla magistratura: esse risulterebbero di grande giovamento per la formazione di un'etica professionale, oggi quasi esclusivamente affidata ad una faticosa e solitaria ricerca individuale, al di là delle inutili tirate retoriche del discorso ufficiale o dell'insostenibile gerarchia interna (della quale giustamente Ferrajoli dimostra l'inconciliabilità con i caratteri propri della funzione del giudice) o, peggio, del casuale e non sempre meditato esercizio del potere disciplinare.

4. Ferrajoli non nasconde le affinità del proprio sentire con l'approccio dei pensatori giusrazionalisti del XVII e XVIII secolo e con la tradizione illuminista. Di questi apporti culturali egli mostra la perdurante fecondità e, per certi versi, la sorprendente attualità, contribuendo efficacemente a rimuovere una serie di stereotipi culturali al riguardo accumulatisi negli scorsi decenni. Particolare attenzione viene dedicata agli esponenti della tradizione illuministica italiana, la cui immaginazione progettuale ed originalità nell'elaborazione istituzionale — troppo spesso ignorata o trascurata — viene riscoperta e giustamente valorizzata. Risulta di grande interesse scoprire che l'idea prima di un organo di autogoverno della magistratura, realizzata come una forte novità istituzionale liberal-democratica solo dopo il secondo conflitto mondiale in alcuni paesi europei (non senza contrasti e opposizioni, che oggi sembrano ritrovare nuova linfa in Italia), si deve a G.D. Romagnosi che vi scorgeva lo strumento per conciliare l'indipendenza dei giudici con la loro appartenenza ad una magistratura professionale formata da soggetti (oggi diremmo) legati da un rapporto di servizio con lo Stato. E di grande attualità appaiono, in presenza del fenomeno proprio dei nostri tempi dell'inflazione legislativa e della perdita di razionalità dei prodotti normativi, i richiami rivolti, sulla scorta di Filangieri, ai giuristi per una rinnovata attenzione verso la scienza della legislazione, giustamente indicata come dovere civile e professionale a lungo trascurato.

Le "affinità elettive" non impediscono però a Ferrajoli di criticare i pensatori a lui più congeniali: così, trattando della pena di morte, egli non esita ad accomunare, sotto la severa definizione di esponenti del "pensiero patibolare", filosofi o pensatori da lui molto distanti e pensatori come Hobbes, Locke, Montesquieu, Filangieri, Mably, Condorcet, Bentham, Romagnosi, Carmignani, Constant e Stuart Mill, dalle cui elaborazioni pure su vari punti prende le mosse.

La filosofia analitica, che fa parte del bagaglio culturale di Ferrajoli, è largamente sottesa all'opera; così come la formazione logica dell'autore si rivela nella forte coerenza e sistematicità dell'insieme e nel carattere strutturato che il procedere del ragionamento assume. Ma, quasi a far da contrappunto a questo progredire per concetti e categorie logiche, interviene in ogni momento il richiamo delle vicende culturali che si sono addensate intorno al problema, cui il concetto volta a volta fa riferimento, ed il dialogo o il confronto con coloro che di tali vicende sono stati protagonisti o partecipi. Sì che il lettore, mentre procede lungo la strada della

costruzione del sistema, è, al tempo stesso, coinvolto in quelle vicende e alla fine avverte come la sensazione di aver vissuto una grande avventura intellettuale, seguendo l'autore lungo i faticosi sentieri della storia di una parte del pensiero umano, i suoi labirinti, le acquisizioni disperse, ritrovate e ricostruite. Il messaggio implicito, al termine di un tale percorso, è un messaggio d'ottimismo, coerente alle premesse illuministiche dell'autore: malgrado gli errori e le tante deviazioni, esistono, nel lascito delle epoche passate, materiali pre-

discrezionali accordati al Pubblico Ministero in ordine al se e come del giudizio nonché al se, come e quanto della pena; poteri in vario anche se obliquo modo incidenti sulla libertà dell'indiziato, sì che "il destino del reo dopo l'incriminazione rischia di risultare affidato, più che al giudizio in senso proprio sulla sua responsabilità, ad una lunga e incerta partita che ha la forma di una negoziazione ininterrotta con l'amministrazione della giustizia".

5. Un'analisi di così largo respiro sui fondamenti del diritto penale e

to, che connota come "garantista" quell'ordinamento giuridico il quale subordina alla legge ogni pubblico potere e assicura il controllo sul rispetto della legalità attraverso giudici indipendenti, funzionalizzando tutti i poteri pubblici alla garanzia dei diritti fondamentali dei cittadini; b) come teoria del diritto, che individua la presenza, nel mondo dei precetti giuridici, di tre possibili dimensioni distintamente predicabili per ciascun precetto, e cioè la validità, l'effettività e il vigore, con la rilevante conseguenza di fondare la distin-

D'Holbach — costruisce la teoria dei diritti fondamentali come limiti al potere statale, ma anche come elemento di legittimazione di questo stesso potere. Non soltanto lo Stato deve rispettare tali diritti, ma — aspetto suscettibile di notevoli sviluppi — esso giustifica la propria esistenza nella misura in cui li garantisce. Ciò significa fare dello Stato non un fine, un bene in sé, e tanto meno un assoluto, ma, molto più semplicemente, uno strumento degli uomini, dei soggetti titolari di quegli interessi o beni fondamentali per la cui tutela esso è creato. Hobbes infatti — ci ricorda Ferrajoli — definisce lo Stato "uomo artificiale di statura e forza più grande dell'uomo naturale per la cui protezione e difesa è stato concepito". Quest'approccio al problema dello Stato — ricondotto al ruolo di strumento razionale al servizio degli uomini e della loro pari dignità — ne implica necessariamente la relativizzazione e la democratizzazione. La soddisfazione dei bisogni fondamentali degli esseri umani sottoposti alla sua autorità diviene infatti la misura della legittimità dello Stato e, al tempo stesso, il criterio orientatore dei contenuti della sua attività, perché indica ciò che esso non deve fare e ciò che invece esso è obbligato a fare.

Questo vincolo — negativo e positivo — all'attività statale, tanto quanto si traduca in norme giuridiche, connota lo Stato stesso come Stato di diritto e, al medesimo tempo, ne fonda i caratteri di "democrazia sostanziale", la quale — secondo Ferrajoli — consiste in quell'insieme di regole che orientano il contenuto delle decisioni statali, sia sottraendo a tali decisioni alcuni ambiti, sia imponendo di decidere in altri, mentre la democrazia formale si riduce alle regole che individuano il soggetto abilitato a decidere ed i modi di formazione della decisione.

Se si considera che l'una forma di democrazia può sussistere indipendentemente dall'altra e che l'esercizio della democrazia formale può tradursi in lesione di quella sostanziale, si scorge che qui Ferrajoli affronta il tema, così attuale ed aspro, dei limiti della maggioranza in democrazia. Così come per lo Stato, anche per il diritto (che, nell'epoca moderna, di quello è la proiezione), Ferrajoli afferma il carattere convenzionale, di strumento o artificio retto da sue regole interne che il giurista non può ignorare pena l'inutilizzabilità dello strumento. Un tale strumento — che al pari dello Stato si giustifica in vista della tutela dei beni fondamentali degli uomini — realizza tuttavia siffatta funzione attraverso l'incorporazione di quei beni al proprio interno come oggetto di altrettanti diritti fondamentali positivamente riconosciuti.

Avviene così che il diritto inglobi le premesse della propria legittimità, aprendo la possibilità di una critica dei propri precetti condotta, non già da un punto di vista politico o esterno, ma sulla scorta di quelle premesse divenute parte dello stesso ordinamento giuridico e perciò dotate di efficacia invalidante dei prodotti normativi con esse confliggenti.

Lo schema che meglio si presta ad evidenziare una tale rappresentazione è quello offerto dagli ordinamenti giuridici dotati di costituzione rigida e di meccanismi di invalidazione delle leggi incostituzionali, nella quale si trovino enunciati e garantiti i diritti fondamentali. Ad esso infatti fa riferimento Ferrajoli. Ma le considerazioni che egli svolge, sulla legittimità del diritto (e dello stato) e sulla possibile divaricazione interna degli ordinamenti giuridici, sono applicabili



dall'elaborazione di adeguate garanzie sociali, cioè da tecniche giuridiche di difesa e di giustizia paragonabili a quelle apprestate dalle garanzie liberali per la tutela dei diritti di libertà. Le prestazioni positive dello Stato a beneficio dei cittadini hanno avuto certamente un enorme sviluppo di fatto, con la crescita in questo secolo del Welfare State e la moltiplicazione delle funzioni pubbliche di tipo economico e sociale. Ma tale sviluppo è avvenuto in gran parte attraverso il semplice allargamento degli spazi di discrezionalità degli apparati burocratici, il gioco sregolato dei gruppi di pressione e delle clientele, la proliferazione delle discriminazioni e dei privilegi nonché di sedi extra-legali, incontrollate ed occulte di potere pubblico e parapubblico. Non è stato insomma né teorizzato né realizzato uno stato sociale di diritto, cioè caratterizzato — anziché da concessioni — da obblighi tassativi e sanzionati, da diritti chiaramente definiti ed azionabili nei confronti di organi pubblici esattamente individuati, e perciò dalla certezza, dalla legalità e dall'uguaglianza nella soddisfazione dei diritti di aspettativa [...].

Lo stato di diritto, quale risulta dall'insieme delle garanzie liberali e sociali, può essere peraltro configurato come un sistema di meta-regole rispetto alle regole stesse della democrazia politica. Precisamente, se la regola dello stato liberale di diritto è che non su tutto si può decidere, neppure a maggioranza, la regola dello stato sociale di diritto è che non su tutto si può non decidere, neppure a maggioranza: su questioni di sopravvivenza e di sussistenza, per esempio, lo Stato non può non decidere, anche se esse non interessano la maggioranza. Solo su tutto il resto vale la regola della democrazia secondo cui si deve decidere a maggioranza, diretta o indiretta, dei cittadini.

E tuttavia, in un senso non formale e politico ma sostanziale e sociale di "democrazia", lo stato di diritto equivale alla democrazia: nel senso che garantisce, al di là della volontà della maggioranza, gli interessi e i bisogni vitali di tutti espressi sotto forma di diritti fondamentali. In questo senso il garantismo, in quanto sistema di vincoli imposti ai pubblici poteri, può ben essere concepito come il connotato (non formale, ma) strutturale e sostanziale della democrazia: le garanzie, sia liberali che sociali, tutelano infatti i

diritti dei cittadini contro i poteri sia pubblici che privati, gli interessi dei deboli rispetto a quelli dei forti, le minoranze emarginate o dissenzienti rispetto alle maggioranze integrate, le ragioni del basso rispetto alle ragioni dell'alto [...].

Tutto questo giustifica, a mio parere, una ridefinizione del concetto di "democrazia". Chiamerò democrazia formale o politica lo "stato politico rappresentativo", cioè basato sul principio di maggioranza quale fonte di legalità; e democrazia sostanziale o sociale lo "stato di diritto" dotato di effettive garanzie, sia liberali che sociali. "Sostanziali", rispetto a quelle formali o procedurali della democrazia politica, sono infatti le regole sui diritti: le quali, diversamente dalle regole sul "chi" e sul "come" si deve decidere che riguardano le fonti e le forme di produzione delle norme, riguardano il "che cosa" si deve e non si deve decidere, e perciò i loro contenuti. E sociali, rispetto a quelle politiche in tema di rappresentanza, possono essere considerate le loro funzioni: laddove infatti lo stato rappresentativo fonda la legittimità dei pubblici poteri sulla conformità del loro esercizio come che sia alla volontà della maggioranza, lo stato di diritto la fonda sulla loro capacità di soddisfare gli interessi primari di tutti [...]. Un progetto di democrazia sociale è pertanto tutt'uno con quello di uno stato sociale di diritto: esso consiste nell'espansione dei diritti dei cittadini e correlativamente dei doveri dello Stato, o se si vuole nella massimizzazione delle libertà e delle aspettative e nella minimizzazione dei poteri.



ziosi per costruire risposte valide ai problemi dell'oggi o per porre le premesse di sviluppi razionali capaci di produrre tali risposte. Un ottimismo che resiste anche all'impetosa analisi che — dopo la riflessione teorica e filosofica sui fondamenti del diritto penale — Ferrajoli dedica al sistema penale e processuale italiano, analizzato nelle sue premesse costituzionali, nella sua tradizione legislativa e nelle sue prassi applicative. Su questi due ultimi terreni, il giudizio è severo, a volte graffiante. E le critiche non risparmiando nemmeno il nuovo codice di procedura penale, la cui ispirazione garantista e accusatoria pure è condivisa da Ferrajoli, ma del quale si denunciano gli ampi poteri

del potere di punire non poteva non sfociare in un'analisi più generale sul diritto e sullo stato. Infatti, i risultati raggiunti nell'indagine sui sistemi penali, per la profondità dei livelli ai quali l'investigazione è condotta, suggeriscono o indicano conclusioni valide anche rispetto all'intero ordinamento giuridico; mentre i risultati raggiunti sul potere di punire — che del potere statale costituisce il nocciolo duro e la manifestazione più incisiva — presentano naturalmente una portata più generale. A questo orizzonte più vasto è dedicata la quinta ed ultima parte del volume, relativa ad una teoria generale del garantismo inteso in un triplice senso: a) come modello normativo di diritto

zione tra validità e vigore, validità ed effettività delle norme giuridiche, e di consentire quindi una critica delle leggi vigenti da un punto di vista interno all'ordinamento giuridico; c) infine, come filosofia politica di legittimazione (e, correlativamente, delegittimazione) del diritto e dello Stato alla stregua della loro idoneità (o inidoneità) a tutelare i beni e gli interessi fondamentali dei cittadini.

Dall'incontro di questi tre diversi piani di analisi nascono le premesse per una teoria generale del diritto e dello Stato all'altezza delle grandi novità della nostra epoca. Anche qui il punto di partenza è offerto dal giuridismo che — da Hobbes a Locke e sino a Bentham, Helvetius e