

## Libro del Mese

# Con dignità, senza paura

di Salvatore Senese

LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, prefaz. di Norberto Bobbio, Laterza, Roma-Bari 1989, XXIV-1034, Lit 85.000.

1. Nelle stimolanti pagine di prefazione che Norberto Bobbio dedica a *Diritto e ragione* di Luigi Ferrajoli, vengono segnalate la vastità e puntigliosità dell'esplorazione scientifica sottesa all'opera, la complessità dell'impianto e la grande quantità dei problemi affrontati, il rigore del metodo e dell'argomentazione.

Aspetti, questi, che certamente concorrono a fare della fatica di Ferrajoli uno dei contributi più significativi di questo scorcio di secolo alla cultura giuridica, ma che — specie se si considera che *Diritto e ragione* è un testo di filosofia e di teoria generale del diritto (non meno che di storia del diritto) — non danno ancora ragione del notevole interesse suscitato da questo grosso libro (oltre mille pagine) al di là della cerchia degli specialisti o comunque degli addetti ai lavori.

Sono infatti trascorsi appena quattro mesi della sua apparizione, e già la prima edizione si avvia all'esaurimento e se ne prepara una seconda; mentre recensioni ed ampi commenti all'opera, rivolti ad un grande pubblico, sono apparsi anche sulla stampa quotidiana.

Né questo interesse, alquanto fuori dall'ordinario, può trovare spiegazione appagante nell'esemplare chiarezza espositiva dell'autore che — a giudizio unanime — tratta le questioni, anche le più sottili e complesse, senza mai affaticare il lettore con astruserie, oscurità o un linguaggio arduo. La prosa piana e trasparente è condizione necessaria ma non sufficiente per un tale successo, che rimanda direttamente al contenuto, alla materia trattata.

2. Ora, il sottotitolo del libro (*Teoria del garantismo penale*) ci avverte che il terreno della riflessione è costituito dal sistema penale e dalle tensioni che vi si generano e vi si annidano. Non questo o quel sistema penale determinato (anche se, ovviamente, una particolare attenzione è dedicata al sistema penale italiano ed alle sue vicende), ma il sistema penale in generale, visto come elemento costitutivo dello Stato moderno, espressione del potere di punire, connotato essenziale di questa forma di organizzazione della convivenza umana.

Di tale potere Ferrajoli, in apertura di discorso, indica con grande precisione i tratti inquietanti e problematici, idonei a sollecitare ogni cittadino, e non solo i "chierici", alla riflessione: "... Il diritto penale, per quanto circondato da limiti e garanzie, conserva sempre un'intrinseca brutalità che ne rende problematica e incerta la legittimità morale e politica. La pena, comunque la si giustifichi e circoscriva, è infatti una seconda violenza che si aggiunge al delitto e che è programmata e messa in atto da una collettività organizzata contro un individuo singolo".

In queste proposizioni — che pure riprendono un tema classico del diritto penale — è dato ritrovare l'eco delle inquietudini che, da alcuni lustri, percorrono, e non soltanto nel nostro paese, settori non insignificanti dell'opinione pubblica a fronte della dilatazione del diritto penale e del suo impiego come strumento privilegiato o addirittura esclusivo di soluzione di problemi che dovrebbero trovare la principale risposta sul

piano politico e sociale. Inquietudini non minori di quelle che, d'altro canto, suscita il diffondersi del diritto penale d'eccezione (al quale pure si estende l'analisi di Ferrajoli), costituito da quei sistemi e sottosistemi penali caratterizzati dall'abbandono più o meno esplicito di garanzie tradizionalmente ritenute irrinunciabili.

Questo insieme di preoccupazioni, di origine diversa ma tutte di segno genericamente garantista, viene a scontrarsi con tendenze di segno diverso, alimentate da un senso di solidarietà verso le vittime della criminalità politica o comune, dall'orrore che suscitano alcune manifestazioni di tale criminalità amplificate dai

"terribile" potere di punire si presenta così come la rotta di una nave senza bussola. In questa temperie culturale — che non è esclusiva del nostro paese e che coinvolge intellettuali e non, chierici e laici — matura l'impresa di Ferrajoli come reazione ad un'abdicazione della ragione, ad una pratica senza teoria ed a teorie

seco del diritto indipendente dalla sua adeguatezza rispetto a quel fine.

Muovendo da questa impostazione, Ferrajoli si addentra nella selva di idee, dottrine, miti che — con le relative incongruenze, contraddizioni, incertezze — concorrono a rendere così confuse le posizioni sui sistemi penali o sul diritto di punire, ordinando la relativa materia intorno a dodici grandi questioni relative al se, perché, quando e come proibire, punire, giudicare; non senza aver prima indagato quali siano le condizioni in presenza delle quali soltanto una decisione penale può considerarsi razionale.

A mano a mano che questa analisi si dipana, la massa informe e oscura dei problemi si articola, diviene materia intellegibile e perciò dominabile, emergono i punti di riferimento ed i criteri di orientamento; ed il lettore — lungi dall'essere sopraffatto dalla vastità della materia o dalla complessità dei problemi, si sente invece confortato nel sentimento di poter raggiungere un punto di vista sufficientemente preciso e coerente su questi e quella, ed è civilmente impegnato ad assumere posizione. La profondità della ricerca e la ricchezza dei riferimenti storici fanno di ciascuna delle questioni come sopra affrontate un affascinante viaggio all'interno della storia del pensiero politico-istituzionale.

E ciò, sia che si tratti dell'indipendenza del giudice e della sua fondazione sul carattere tendenzialmente cognitivo e ricognitivo dell'attività giudiziaria; sia che si tratti del problema della verità processuale e dei suoi limiti, e del significato in cui un tale termine deve essere inteso; sia che si tratti della connessa tematica relativa all'insieme delle regole logiche che devono presiedere ad una corretta ricostruzione del fatto da giudicare (regole, la cui conoscenza risulta largamente trascurata dalla cultura e dalla pratica giudiziaria dei paesi d'Europa continentale e specialmente del nostro paese); sia ancora che si tratti — e qui arresto l'esemplificazione — del tema dell'equità che — liberato da una serie di luoghi comuni fondati su "fuorvianti e classiche dicotomie" (astratto/concreto, universale/particolare, generale/individuale, etc.) e ricondotto, attraverso l'analisi filosofica, al potere di connotazione del fatto — si rivela dimensione essenziale e irrinunciabile di un potere di giudicare esercitato nel rispetto del valore della persona umana; e quindi non banale temperamento al rigore della legge o, peggio, giustificazione alla sua disapplicazione, ma momento indefettibile di una corretta applicazione della legge al caso concreto, nel quale "si manifesta la sensibilità, l'intelligenza e la moralità del giudice".

Forse mi fanno velo i profondi sentimenti che mi legano all'autore, ma non credo di aver mai letto pagine così penetranti a proposito dell'equità, e non credo che esse sarebbero state così vive ed efficaci se Ferrajoli non avesse vissuto in prima persona — avendo esercitato per quasi un decennio la professione giudiziaria — il rovello teorico e pratico della funzione del giudice, che postula il dovere di "prescindere il più possibile dalle proprie personali ideologie, dai propri pregiudizi e dalle proprie inclinazioni" e al tempo stesso di "comprendere o partecipare delle ideologie, delle inclinazioni e

## Per una democrazia sociale

di Luigi Ferrajoli

Pubblichiamo, con qualche taglio reso necessario dalla mancanza di spazio, una parte del § 57 del volume di Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (pp. 899-907).

*La prima regola di ogni patto costituzionale sulla convivenza civile non è che su tutto si deve decidere a maggioranza, ma che non su tutto si può decidere (o non decidere), neanche a maggioranza. Nessuna maggioranza può decidere la soppressione (o non decidere la protezione) di una minoranza o di un singolo cittadino. E questo il paradigma dello stato di diritto: la limitazione legale dei pubblici poteri, altrimenti assoluti, a garanzia dei diritti fondamentali. Anche la democrazia politica più perfetta, rappresentativa o diretta, è infatti un regime totalitario se il potere del popolo è in essa illimitato. Le sue regole sono senz'altro le migliori per determinare chi può decidere e come deve decidere, ma non bastano a legittimare qualsiasi decisione o non decisione. Neppure all'unanimità un popolo può decidere (o consentire che si decida) che un uomo muoia o sia privato senza colpa della sua libertà, che pensi o scriva o non pensi o non scriva in un dato modo, che non si riunisca o non si associ con altri, che sposi o non sposi una data persona o resti ad essa indissolubilmente legato, che abbia o non abbia figli, che faccia o non faccia il tale lavoro, o altre simili cose [...].*

*Nella tradizione liberale lo stato di diritto fu concepito come limitato solamente da divieti, a garanzia dei diritti dell'individuo a non essere privato dei beni pre-politici della vita e delle libertà, oltre che della proprietà. Le garanzie liberali o negative consistono infatti unicamente in divieti o doveri pubblici di non fare — di lasciar vivere e di lasciar fare — aventi per argomento prestazioni negative o non-prestazioni. Si capisce che il campo più importante di questi divieti è quello che riguarda l'uso della forza, e perciò innanzitutto il diritto penale [...]. Le garanzie penali e processuali altro non sono che un sistema di divieti inderogabili: divieti di punire, di arrestare, di perquisire, di censurare o altrimenti san-*

*zionare, senza che ricorrano le condizioni stabilite dalla legge a tutela del cittadino contro il sopruso [...].*

*Accanto ai tradizionali diritti di libertà, le costituzioni di questo secolo hanno però riconosciuto altri diritti vitali o fondamentali: i diritti alla sussistenza, all'alimentazione, al lavoro, alla salute, all'istruzione, all'abitazione, all'informazione e simili. A differenza dei diritti di libertà, che sono diritti di (o facoltà di comportamenti propri) cui corrispondono divieti (o doveri pubblici di non fare), questi diritti, che possiamo chiamare "sociali" o anche "materiali", sono diritti a (o aspettative di comportamenti altrui) cui dovrebbero corrispondere obblighi (o doveri pubblici di fare). La nozione liberale di "stato di diritto" dev'essere conseguentemente allargata per includervi anche la figura dello Stato vincolato da obblighi oltre che da divieti. Diremo che ove un ordinamento costituzionale incorpori solo divieti, che richiedono prestazioni negative a garanzia dei diritti di libertà, esso si caratterizza come stato di diritto liberale; ove invece esso incorpori anche obblighi, che richiedono prestazioni positive a garanzia dei diritti sociali, esso si caratterizza come stato di diritto sociale.*

*La tecnica garantista è in entrambi i casi quella dell'incorporazione limitativa di diritti civili e correlativamente di doveri pubblici nei livelli costituzionali dell'ordinamento. Muta però profondamente la struttura normativa del potere statale, non (più solo) limitato negativamente da divieti d'impedire i "diritti di", ma (anche) funzionalizzato positivamente da obblighi di soddisfare i "diritti a". E muta altresì la base di legittimazione dello Stato: mentre lo stato di diritto liberale deve solo non peggiorare le condizioni di vita dei cittadini, lo stato di diritto sociale deve anche migliorarle; deve non solo non essere per loro uno svantaggio, ma anche essere un vantaggio [...].*

*L'enunciazione costituzionale dei diritti sociali dei cittadini a prestazioni positive da parte dello Stato, tuttavia, non è stata accompagnata*

li, in nome della necessità di contrastare una grave minaccia per la convivenza organizzata, per i fondamenti dello Stato, per la Costituzione etc. Le preoccupazioni per quest'ultimo fenomeno — che alimentano i periodici rapporti delle principali organizzazioni di difesa dei diritti umani, a cominciare da *Amnesty international* — sono state proposte con forza all'opinione pubblica internazionale, all'inizio di questo decennio, da uno studio delle Nazioni unite sulle conseguenze, per i diritti umani, del diffondersi delle legislazioni cosiddette di emergenza (1982) e da un allarmata relazione del segretario generale della Commissione internazionale dei giuristi, N. Mac Dermot (1983).

mass-media, da un istintivo bisogno di sicurezza, da un riflesso d'ordine e, in generale, da quell'eterogeneo complesso di fattori che generano e sostengono l'"illusione repressiva", e cioè quell'atteggiamento di psicologia collettiva che assegna virtù risolutive dei problemi di criminalità e sicurezza pubblica alla brutalità del sistema penale e del suo funzionamento.

Stretti ormai da anni tra tali contrastanti correnti della pubblica opinione, sistema penale e potere punitivo dello Stato sono divenuti oggetto di politiche criminali e penali dall'andamento pendolare; nel nostro paese si è parlato addirittura di andamento schizofrenico. L'esercizio del

senza rigore.

3. Questa impresa nasce da una premessa o da un postulato che, bene a ragione, sono stati definiti illuministici, e cioè che, a fronte dei problemi posti dall'organizzazione dell'umana convivenza, non si dia altra risorsa che il ricorso alla ragione, alla analisi e alla comunicazione razionali sviluppate a partire da alcune fondamentali scelte etico-politiche: il valore primario della persona e dei suoi diritti fondamentali, la separazione tra diritto e morale, l'utilitarismo giuridico e cioè l'assegnazione al diritto e alle leggi del carattere di meri strumenti per il perseguimento del benessere dei cittadini e la conseguente negazione di un valore intrin-