

CHE COS'È IL "DIRITTO ILLEGITTIMO"? CHE COS'È QUESTO MOSTRO?

(note sul pensiero di Luigi Ferrajoli) **IL DISASTRO AMBIENTALE.**

Renato Federici

Abstract

Che cos'è il "diritto illegittimo"? Che cos'è questo mostro? Non è il Leviatano, non è il mostro di Hobbes. Non è lo Stato? E allora che cos'è? È un mostro! Senza starci a pensare troppo, a nostro avviso, ha tutta l'apparenza dello Stato nemico del popolo, del nemico di classe o dello "Stato estero che ci vuole invadere" o che, a nostra insaputa, ci ha già occupato e trasformato in colonia dei poteri finanziari globali. Ma potrebbero essere illegittimi tutti gli ordinamenti giuridici che non sono riusciti a combattere efficacemente i disastri ambientali.

What are illegitimate legal systems? What is this monster? It's not the Leviathan, it's not Hobbes's monster. Isn't it the state? So what is it? He is a monster! Without thinking too much about it, in our opinion, it has all the appearance of the enemy state of the people, the class enemy or the "foreign state that wants to invade us" or that, without our knowledge, has already occupied us and transformed us into a colony of global financial powers. But it could be all the legal systems that have failed to effectively combat environmental disasters.

SOMMARIO: **1.** Premesse sul concetto di "diritto illegittimo". - **1.1.** Il diritto dopo Auschwitz e Norimberga. - **2.** Origine del partito comunista come ordinamento giuridico. - **3.** Il pensiero di Luigi Ferrajoli: il Garantismo. - **3.1.** Senza diritto non c'è giustizia. La giustizia ha bisogno del diritto. - **3.2.** Tra Giuspositivismo e Giusnaturalismo. - **3.3.** I delitti dei poveri (accenno). - **3.4.** Negato che il diritto sia lo strumento della classe dominante (di ogni epoca e luogo), non è poi assurdo pensare che esso possa essere lo strumento di una precedente classe dominante? - **3.5.** La rivoluzione nel pensiero di Hannah Arendt. - **4.** Formazione e sviluppo del pensiero di Luigi Ferrajoli. - **5.** Il "diritto illegittimo". - **5.1.** Le lacune e le antinomie. - **5.2.** Contro gli abusi dei giudici. - **6.** Sulla distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale. Garanzie primarie e garanzie secondarie. - **7.** Sulla fondazione e sull'importanza assunta da "Magistratura Democratica. - **8.** Rifondazione della legalità. La metaregola. La soggezione del giudice alla legge costituzionalmente

valida. - **9.** Diritti di libertà e Diritti sociali. Stato liberale minimo e Stato sociale massimo. Le vere misure per prevenire la criminalità (grande e piccola). - **10.** Sulla distinzione tra diritti patrimoniali e diritti fondamentali. - **10.1.** Le lacune strutturali. Le antinomie. - **10.2.** Sulla distinzione tra norme costituzionali e direttive costituzionali. - **11.** Sull'origine dei diritti sociali. In particolare, il diritto alla salute. - **12.** Sul possibile contrasto fra diritti di libertà e diritti sociali. Il caso Ilva di Taranto. - **13.** Sul legame tra politica e diritto. La democrazia. La stipulazione dei diritti fondamentali. Le leggi del più debole (critica). - **13.1** La parte debole nel processo. - **13.2.** Sull'antipolitica e il discredito dei partiti politici. - **14.** Sulle differenze tra il giuspositivismo di Kelsen e quello di Ferrajoli. - **15.** Sul rapporto fra democrazia, diritto e giustizia. - **16.** Sulla democrazia sostanziale. Cenni sulle false democrazie. - **17.** Il Costituzionalismo inglese. - **18.** L'importanza della motivazione nelle sentenze. Come ridurre l'arbitrio giudiziario? E aspirare alla certezza del diritto? Il giudice come "bocca della legge". Sul confronto tra il giuspositivismo e il realismo giuridico. - **18.1.** La teoria dell'interpretazione come disciplina autonoma dalla teoria del diritto. Sulla distinzione tra "diritto vigente" e "diritto vivente". - **19.** Il progetto del diritto penale minimo. - **20.** La consegna del mercato della droga al monopolio criminale. Effetti devastanti. - **21.** A proposito delle pene detentive e del carcere. - **22.** Sul passaggio dei magistrati inquirenti all'agone politico. Il potere giudiziario come potere terribile e odioso. - **23.** Sull'impotenza della politica nei confronti dell'economia. Sulla crisi della dimensione garantista. Sulle garanzie dei diritti contro i poteri forti di alcuni privati (banche, assicurazioni, capitale finanziario internazionale, ecc.). I poteri selvaggi. - **24.** Conclusioni.

1. Premesse sul concetto di "diritto illegittimo".

Che cos'è il "diritto illegittimo"? Che cos'è questo mostro? Non è il Leviatano, non è il mostro di Hobbes. Non è lo Stato? E allora che cos'è? È un mostro!

Senza starci a pensare troppo, a nostro avviso, ha tutta l'apparenza dello Stato nemico del popolo, del nemico di classe o dello "Stato estero che ci vuole invadere" o che, a nostra insaputa, ci ha già occupato e trasformato in colonia dei poteri finanziari globali¹. Ma potrebbe essere anche il pessimo funzionamento di uno o più

¹Paradossalmente ma non troppo, infatti, si discorre sempre più insistentemente di poteri internazionali selvaggi, cfr. L. FERRAJOLI, *I poteri selvaggi*, Laterza, Roma-Bari, 2011. La

ordinamenti giuridici, come quelli che non sono riusciti a combattere efficacemente i reati ambientali. E allora la condanna non può che essere generalizzata. Pochi Stati si salverebbero. Degli Stati moderni non si salverebbe nessuno. Gli ordinamenti giuridici statuali hanno tollerato o prodotto moltissimi danni ambientali. Tutti o quasi tutti gli ordinamenti giuridici vigenti, prima di pentirsi amaramente e di provare a recuperare il tempo perduto, dovrebbero essere ritenuti illegittimi di fronte alla Storia, di fronte al tribunale della Storia.

Il rapporto fra il diritto e l'ambiente è lo stesso rapporto che si stabilisce tra il soggetto e il bene, fra i soggetti e i beni. In questo caso il soggetto è rappresentato dalle classi dominanti, delle quali gli ordinamenti giuridici non sono altro che gli strumenti (per ulteriori chiarimenti vedi oltre). Se i beni vengono ben tutelati, il soggetto è savio; se, invece, i beni sono mal gestiti e distrutti, il soggetto responsabile è uno sciocco o un criminale. Ecco gli ordinamenti criminali hanno permesso le devastazioni ambientali. Essi sono stati o non sono stati anche ordinamenti illegittimi?

I disastri ambientali prodotti dagli esseri umani potrebbero essere gli effetti degli ordinamenti illegittimi (degli ordinamenti contro-natura), e cioè di questi novelli mostri? Nel secondo dopoguerra mondiale, il danneggiamento ambientale ha assunto forme inimmaginabili prima di allora. Sembra quasi che l'essere umano abbia combattuto e vinto una guerra contro l'ecosistema naturale.

La nozione di "diritto illegittimo" può essere applicata a tutte le atrocità e efferatezze umane contro l'ambiente, non prevenute, non evitate e non sanzionate?

La nozione di "diritto illegittimo" può essere applicata alla condanna (postuma) dei responsabili delle devastazioni ambientali? Oppure il saccheggio ambientale non ha un responsabile? Certamente il sistema dell'usa e getta (di deprecata memoria) era figlio di questa follia, indubbiamente il criterio della rapina metodica ai danni dell'ambiente era il frutto (marcio) di questa deviazione mentale. Tali metodi hanno avuto un risultato decisamente dannoso e distruttivo, un prodotto mortale. Tuttavia, all'epoca, era stata una depredazione tollerata dagli ordinamenti giuridici. Gli Stati e la comunità internazionale, dunque, sono stati rei (consapevoli e/o inconsapevoli) di non aver saputo prevenire e evitare questi enormi disastri ambientali. Tutti erano attratti dal facile profitto: in particolare, tutti coloro che traevano i maggiori guadagni

mancanza di limiti giuridici ai grandi poteri economici della finanza e del capitalismo globale, fa sì che si possa parlare di «poteri illimitati e selvaggi» di coloro che dispongono di questi mezzi economici e finanziari in grado di soffocare i diritti dei comuni cittadini (L. FERRAJOLI e M. BARBERIS, *Dei diritti e delle garanzie*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 69). Sull'argomento, anche e per tutti, C. AMIRANTE, *Eguaglianza, discriminazioni, espulsioni. Modo di produzione e analisi politico-istituzionale*, in *Critica del diritto*, 2019, p. 23 ss.

e avevano a disposizione i maggiori mezzi economici e tecnologici. Tutti o quasi tutti erano caduti in una sorta di gara fra chi più e meglio approfittava delle risorse naturali, le quali ovviamente di fronte ad una aggressione massiccia erano incapaci di difendersi da sole. L'ambiente, non essendo un soggetto, ma un oggetto, è stato incapace di difendersi, ma soltanto di vendicarsi come solo la natura sa fare.

La categoria del "diritto illegittimo" può essere utilizzata come deterrente per la tutela ambientale? Intanto, cerchiamo di capire che cos'è il "diritto illegittimo" con l'aiuto di un filosofo del diritto e penalista di nome Luigi Ferrajoli.

In altri scritti, abbiamo cercato di spiegare che *gli ordinamenti giuridici sono strumenti al servizio delle classi dominanti*; e che, proprio per questa specifica ragione, sono molto diversi e alternativi agli altri strumenti delle classi dominanti, e cioè, ai mezzi bellici (come violenza pura, guerra, rivoluzione, e così via)². Ricordiamo, a tal

2R. FEDERICI, *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici. Affinché i cittadini non vengano alle armi*, Editoriale Scientifica (I ed. 2009, III ed. 2013). Id., *Rivolte e rivoluzioni. Gli ordinamenti giuridici dello Stato e dell'anti-Stato. Sulla differenza fra strutture e sovrastrutture*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. Se si considera, come noi riteniamo, che "il diritto sia la prosecuzione della politica con i mezzi appropriati", ne risulta una chiara derivazione dalla tesi di von Clausewitz secondo cui "la guerra è la prosecuzione della politica con altri mezzi". Questa è la premessa. Poi si possono intravedere altri legami tra il diritto e l'economia, il diritto e la sociologia, il diritto e il linguaggio, il diritto e le religioni. In altre parole, e in breve: tutti sappiamo che per von Clausewitz la guerra è la prosecuzione della politica con altri mezzi; tale affermazione per il sottoscritto costituisce la premessa per poter sostenere che la guerra è la prosecuzione della politica con mezzi diversi da quelli giuridici. La funzione del diritto, per chi scrive, è quella di prevenire e risolvere i conflitti: evitare cioè che si ricorra alla guerra o alla vendetta. *Ne cives ad arma veniant* (affinché i cittadini non vengano alle armi), è questa la funzione primaria del diritto oggettivo. Guerra e diritto, ad avviso dello scrivente, sono i due strumenti alternativi e contrastanti al servizio della scelte economiche, sociali e politiche delle classi dominanti. Il primo (la guerra) è espressione di oppressione e violenza: pretende di affermare la volontà propria contro la volontà altrui (interna o esterna al proprio Stato); il diritto invece è uno strumento della politica e dell'economia delle classi dominanti in cui la forza ha un ruolo secondario: lo strumento giuridico cerca l'accordo o l'accettazione da parte dei destinatari (interni o esterni allo Stato) della scelta politica e/o economico-sociale. L'unico ostacolo da superare per l'affermazione della nostra tesi è costituito dalla rilevanza del cosiddetto "Diritto bellico". Se il Diritto bellico fosse un vero e proprio diritto e non già una vera e propria contraddizione in termini, la nostra tesi sarebbe errata. Se invece la critica e la confutazione del cosiddetto Diritto bellico coglie nel vero; e se i tre pilastri su cui si fonderebbe il Diritto bellico possono essere demoliti, la nostra opinione rivoluzionaria verrebbe pienamente confermata. I tre pilastri del Diritto bellico sarebbero: lo *ius ad bellum*; lo *ius in bello*; e lo *ius post bellum*. Ragionamento diverso concerne il "Diritto umanitario in tempo di guerra". E anche la sua origine è diversa: si inizia a discorrere di Diritto umanitario e di interventi umanitari in favore dei feriti e dei prigionieri di guerra dopo lo scritto di Henry Dunant (*Souvenir de Solferino*) pubblicato a Ginevra nel 1862 e la creazione della Croce Rossa Internazionale. Il "Diritto umanitario in tempo di guerra" è tutto ciò che può sopravvivere di giuridico nella contrapposizione fra le due parti in guerra; da noi viene paragonato ad una fiaccola tremolante nel buio pesto della notte. In

proposito, uno scritto puntuto di Riccardo Guastini nel corso del quale si fa cenno alla alternativa fra diritto e guerra con queste parole: «*Se – faccio per dire – una legge di revisione costituzionale pretendesse di abrogare la libertà di stampa, dovremmo fare appello alla Corte costituzionale, o dovremmo piuttosto prendere le armi?*»³.

Nello scontro fra classi sociali, le altre classi possono essere state ridotte al silenzio (e questo non è un metodo giuridico!) oppure implicitamente o esplicitamente si è concluso un patto (o una sorta di tregua) fra di esse (come quelli tra Patrizi e Plebei: peraltro più volte ridiscussi, e nuovamente stipulati ai tempi della Roma repubblicana). Molto più spesso, le regole giuridiche sono state tratte direttamente dai testi religiosi come la Bibbia o il Corano. Sui collegamenti e gli intrecci fra religioni e sistemi giuridici, in questa sede non possiamo dilungarci, e quindi siamo costretti a rinviare ad altro nostro scritto⁴.

parole semplici: diritto e guerra si alternano come la notte e il giorno. Quando risplende la luce del diritto, la guerra non si fa vedere (non esiste); viceversa, dopo il tramonto e nella pienezza della notte, è la guerra degli uni contro gli altri che applica regole tutt'altro che giuridiche. *Ius ad bellum*. Da quando le Nazioni Unite hanno messo al bando l'*Ultimatum* e la Dichiarazione di guerra (1945) non è che non ci siano state più guerre. Non è che lo strumento bellico, come per miracolo, non sia stato più utilizzato. Si è verificato semplicemente che le guerre sarebbero iniziate ugualmente senza che nessuno si sia preoccupato di mettere in guardia l'avversario. Oggi avvertire il nemico con un *ultimatum* o una dichiarazione guerra è come darsi la zappa sui piedi. Le Nazioni Unite considerano come aggressore e responsabile della guerra chi emette questi due atti. Motivo per cui questo metodo formale di iniziare la guerra (ovviamente secondo gli schemi del Diritto bellico) è crollato su se stesso. Se mai le Nazioni Unite avessero demolito qualcosa, per quanto detto sopra, avrebbero seppellito definitivamente il c.d. il Diritto bellico. *Ius in bello* e *Ius post bellum*. Gli altri due pilastri su cui si sarebbe retto il c. d. Diritto bellico riguardano i modi in cui una guerra va condotta e la fase successiva alla fine della guerra. Ebbene, perché si possa parlare di Diritto bellico occorrerebbe che in guerra (durante le battaglie e gli attacchi e le difese) ci fosse qualcuno come i padrini nei duelli o come gli arbitri e i segnalinee nelle partite di calcio; ci vorrebbero personaggi imparziali incaricati di fermare la contesa, per segnalare e punire i responsabili dei falli e delle altre violazioni delle regole. Se non c'è un giudice in campo, se non c'è un arbitro, se non c'è padrino, non c'è neanche diritto. Esiste solo un'illusione! Nei tornei araldici vigevano e venivano fatte applicare le regole del gioco; e nel corso degli eventi, c'era chi le faceva rispettare. Ma la guerra non è un torneo, non è una sfida regolata. *Ius post bellum*. Il terzo pilastro (quello del fine guerra) è sempre stato il più debole in assoluto: quando la guerra finisce risorge il sole del diritto (e il diritto è quello imposto dal vincitore); così come, all'opposto, quando inizia la guerra, fra i belligeranti scende la notte del diritto: e a parlare sono soltanto le armi, le strategie belliche con il loro trasformare da disvalore in valore lo spionaggio e l'inganno dell'avversario. La buona fede si vede umiliata. Quando invece, la buona fede, lo sappiamo bene tutti, regge ogni impianto giuridico degno di questo nome. Inoltre, in "*Guerra o diritto?*", si affronta anche il collegamento e la distinzione fra l'origine del diritto, delle lingue, della morale e delle religioni.

3R. GUASTINI, *Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza*, in *Ragion pratica*, 1994, p. 255.

4R. FEDERICI, *Collegamenti ed intrecci fra origine delle lingue, delle religioni e dei sistemi giuridici*, pubblicato la prima volte sulle *Rivista di Studi Internazionali e Politici*, 2015,

a) Manzoni avrebbe potuto far dire a don Abbondio: cos'è mai il "diritto illegittimo"? Invece gli fa domandare: chi era Carneade? Il parroco di campagna non si ricordava di un filosofo minore: "chi era Carneade?" (peccato men che veniale); mentre (peccato ben più grave per un sacerdote cristiano) il parroco di campagna non vedeva o faceva finta di non vedere l'ingiustizia enorme della società dei suoi tempi. Si sa, per il Manzoni il diritto era quella "feroce forza che il mondo possiede e fa nomarsi Diritto". Idea tanto forte e radicata che accennava anche ad una motivazione. Così faceva proseguire il lamento di Adelchi: *la man degli avi insanguinata seminò l'ingiustizia; i padri l'hanno coltivata col sangue; e ormai la terra altra messe non dà*⁵. Fra diritto e guerra, dunque, non ci sarebbe stata gran differenza. Entrambi si fondavano sull'ingiustizia e sulla violenza.

Il Manzoni mette il dito sulla piaga più volte: come quando racconta la *Storia della colonna infame*: la vicenda del processo intentato a Milano nel 1630 contro i presunti untori, e conclusosi con la condanna a morte di due innocenti⁶. Quello che veniva applicato allora, che cos'era? L'utilizzo della tortura per far confessare anche delitti non commessi, che cos'era? Se non era un diritto illegittimo, che cos'era? O peggio ancora, se non era un diritto illecito, che cos'era? Voltaire, Pietro Verri, Cesare Beccaria⁷ e tutti gli altri illuministi avrebbero condannato l'*estrema ingiustizia* di quel sistema processuale penale (messo più volte in ridicolo da Voltaire), ma che allora (nell'Antico regime) si faceva chiamare "giustizia".

b) Il cosiddetto "diritto illegittimo" potrebbe essere il diritto del nemico: sia esso l'ordinamento giuridico di uno Stato antagonista; sia esso il sistema giuridico interno della classe al potere o della classe sociale che aspira concretamente al potere. Può essere e spesso è il sistema giuridico del nemico di classe. Lo si può combattere con metodi giuridici o con altri mezzi (ossia, con metodi bellici). Il diritto creato dall'usurpatore è il tipico esempio di "diritto illegittimo": viene continuamente raccontato in tutte le leggende di avventura (da Robin Hood a Guglielmo Tell). Affiora in tutti i film d'azione! L'usurpatore è il cattivo e va cacciato, sia con le buone e sia anche con le cattive. Se ne parla continuamente in letteratura (si pensi all'*Amleto* di Shakespeare). Le buone maniere per combattere sono le forme giuridiche, le

p.120 ss.; e poi inserito come seconda appendice nel mio volume dal titolo *Rivolte e rivoluzioni*, cit.

5A. MANZONI, *Adelchi* (1843), atto V, sc. 8, vv. 354-359: o, precisamente, ... *feroce forza che il mondo possiede e fa nomarsi dritto: la man degli avi insanguinata seminò l'ingiustizia; i padri l'hanno coltivata col sangue; e ormai la terra altra messe non dà*.

6A. MANZONI, *Storia della colonna infame* (1842). La storia era stata raccontata già da Pietro VERRI, come ricorda lo stesso Manzoni nelle introduzione, con lo scopo di esprimere orrore e condanna per la pratica della tortura per far confessare gli indiziati.

7C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764).

cattive sono quelle belliche. C'è sempre stato un nemico: il nemico di classe, il nemico dell'ambiente, il nemico del progresso, il nemico delle donne, il nemico di chi non la pensa come noi e così via. Molte ideologie sono state elaborate proprio per foggiare il concetto di nemico. Il nemico è il male; e contro di esso ci dobbiamo scagliare con tutte le nostre forze!

c) In parole povere, e a mo' di premessa, si può dire che per il Ferrajoli "il diritto illegittimo" è il diritto incostituzionale. Ma questo lo dicono tutti. Allora qual è la particolarità della teoria di Ferrajoli? Cerchiamo di spiegarci: la Costituzione italiana (entrata in vigore nel 1948) è una costituzione rigida; per ciò le norme ivi sancite si trovano al di sopra di tutte le altre norme stabilite dalle altre leggi. Dopo la sua entrata in vigore, molte norme del regime precedente sono state sottoposte al giudizio di costituzionalità. Quelle che furono ritenute illegittime, perché contrarie alla nuova Costituzione, furono dichiarate incostituzionali. Al giudizio di costituzionalità possono essere sottoposte anche le leggi e le norme emanate in tempi successivi.

Ciò premesso, il Ferrajoli si pose tra coloro che chiedevano un giudizio più severo sulla costituzionalità delle norme che potevano essere lesive dei diritti fondamentali.

Per la garanzia e la tutela dei diritti fondamentali, egli avanzò l'idea di assegnare un maggior rispetto alle norme che sanciscono i diritti fondamentali. In altre parole, per risolvere una possibile antinomia bisognava creare una gerarchia: far sì che una norma valga di più e una di meno, al fine di dirimere il contrasto a favore della norma di maggior valenza. E quindi, Ferrajoli ha elaborato una teoria per assegnare una superiore qualificazione e garanzia ai diritti fondamentali⁸.

In sintesi, il problema delle antinomie è il seguente: può accadere che due norme di pari livello costituzionale tutelino due interessi tra loro diversi: ad esempio, proprietà privata e salute; iniziativa privata e istruzione (è questo il c. d. paradosso delle antinomie, osservato per primo da Kant). Ad esempio, una norma legislativa ordinaria potrebbe essere protetta da un articolo della Costituzione sulla libertà

⁸ L. FERRAJOLI, *Teoria assiomatica del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari (prima ed. 1989), quella citata è la VIII ed., 2004; Id., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999; Id. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (vol. I di pagine 1021; vol. II di pagine 713; più un c.d. - vol. III - di pagine 990), Laterza, Roma Bari, 2007. E tanti altri ancora, tra cui: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2008; *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, p. 2011; *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013; *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018/9. In collaborazione con altri autori ha pubblicato: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. VITALE), Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 371; L. FERRAJOLI, M. BARBERIS, *Dei diritti e delle garanzie*, cit.; *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale* (a cura di D. IPPOLITO E. SPINA), Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

d'impresa o sulla garanzia della proprietà privata, mentre un interesse contrastante potrebbe essere tutelato dalle norme sulla garanzia dei diritti fondamentali (sulla uguaglianza sostanziale: sulla soppressione delle disparità e/o sulla pari dignità ... ai sensi dell'art. 3, secondo comma, della Costituzione).

Con il criterio di escludere le norme costituzionali a tutela dei diritti patrimoniali dalla classe di norme di garanzia dei diritti fondamentali, si produce l'effetto di una maggiore garanzia dei diritti sociali e di libertà. In uno scontro tra le due classi, le norme a garanzia dei diritti patrimoniali devono soccombere. Devono vincere quelle a tutela dei diritti fondamentali.

1.1. Il diritto dopo Auschwitz e Norimberga.

Nello Stato ottocentesco e della prima metà del Novecento (chiamato da Barberis: Stato legislativo) «il diritto si ridusse al diritto positivo, fatto da uomini: la legislazione generale, cioè i codici, la legislazione speciale, cioè tutte le leggi, più le consuetudini, residuo del diritto antico»⁹. Dopo Auschwitz tutto è cambiato. Si pensi allo Statuto delle Nazioni Unite (1945); alla Costituzione italiana, entrata in vigore il primo giorno del 1948; alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948); alla Costituzione della Germania occidentale (1949) [estesa poi alla Germania unificata (1989)]; alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), e così via. Dopo Auschwitz, ossia dopo la scoperta dei campi di sterminio nazisti, in qualche misura è rinato il giurisdizionalismo: «filosofia che era stata data per morta»¹⁰.

«Il neogiusnaturalismo post-bellico attribuì la responsabilità dello sterminio degli ebrei, e delle altre minoranze perseguitate, alla deferenza verso il diritto positivo tipica dei giuristi tedeschi ben prima di Hitler»¹¹. Ecco allora spuntare la *formula di Radbruch* (che deve il suo nome al giurista tedesco, che l'avanzò nell'immediato dopo guerra, nel 1946), secondo la quale: il diritto anche se ingiusto va obbedito e applicato, a meno che non diventi intollerabilmente ingiusto. Così da poter concludere con la condanna del diritto nazista come intollerabilmente ingiusto¹². Non avrebbero parlato più di diritto *naturale*, né Radbruch, né i neo-giusnaturalisti

9M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 46.

10M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 46.

11M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 46 s.

12M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 46 s.

successivi, avrebbero parlato più di *diritto naturale* ma sempre e solo di giustizia o di morale¹³.

Altri discorrono di un prima e un dopo Herbert Hart (1907- 1992)¹⁴. Anche in questo caso si ricorda che alla fine della seconda guerra mondiale «si dovettero giudicare terribili crimini, procedimenti noti a volte come Processi di Norimberga», quando, cioè, «gli imputati si difesero con un argomento formalmente ineccepibile: avevano obbedito a una legge valida, vincolante, ancorché formalmente ingiusta»¹⁵.

Quindi, «dopo Hart le cose non sono più state eguali, e il suo pensiero è stato un punto di riferimento per gli studiosi»¹⁶. In particolare dopo la pubblicazione, nel 1961, del saggio, *Il concetto di diritto*. Perché? E non certo per aver separato diritto e morale, distinzione chiarita da Kelsen¹⁷. E allora perché? Ecco il ragionamento chiave: per Hart il diritto non è solo coercizione e forza, ma anche garanzia dei diritti e dei doveri (*rule of recognition*). Questa espressione inglese *rule of recognition* non può essere tradotta letteralmente con le parole: *norme di riconoscimento*. Le “norme di riconoscimento” ad un giurista italiano non dicono nulla. Ma, come avrebbe posto in luce Luigi Ferrajoli, tutto diventa chiaro se si traduce la formula con una idonea terminologia giuridica italiana, ossia, in *norme di garanzia dei diritti e dei doveri*. E allora il concetto diventa chiaro. Inoltre un altro debito di Ferrajoli verso Hart concerne il concetto di “*contenuto minimo di diritto*”¹⁸. Concetto, anch’esso, ripreso da Hart e sviluppato in Italia dal Ferrajoli. Tanto è vero che, rispetto al commento di Bobbio secondo cui «come teorico generale del diritto, Ferrajoli appartiene alla famiglia dei giuspositivisti nella tradizione di Kelsen e di Hart e del giuspositivismo italiano»¹⁹, ci sembra che il suo pensiero si accosti molto di più a quello di Hart che al Kelsen²⁰.

13 M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 46 s.

14 T. CASADEI - G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Giappichelli, Toriano, 2019, p. 369.

15 T. CASADEI - G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie*, p. 370.

16 T. CASADEI - G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 369.

17 Cfr., per esempio, R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit., p. 83 ss.

18 Cfr., T. CASADEI - G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 371.

19 N. BOBBIO, *Prefazione a Diritto e ragione*, p. VII.

20 Infatti, sempre secondo Bobbio, «Ferrajoli è un giuspositivista particolarmente attento a distinguere la validità formale, o vigore, delle norme dalla loro validità sostanziale e a sottolineare che in un ordinamento che abbia recepito i diritti fondamentali di libertà la validità non può essere soltanto formale, e pertanto esiste in esso un problema di giustizia interno delle leggi, e non soltanto esterna». Insomma: un giuspositivista ben consapevole che, dopo la «costituzionalizzazione dei diritti naturali, il tradizionale conflitto fra diritto positivo e diritto naturale, e tra giuridicismo e giusnaturalismo, ha perduto gran parte del suo significato» (*Prefazione a Diritto e ragione*, p. VII).

La «teoria giusrealista, invece, emerge in sistemi giuridici come quelli vigenti negli Stati Uniti e nei paesi scandinavi, che mescolano diritto giudiziale e legislazione»²¹.

Per il danese Alf Ross (1899-1979), considerato il maggiore esponente del giusrealismo²², «ne consegue che i fenomeni giuridici ... corrispondenti alle norme sono le decisioni dei tribunali»²³.

Tanto Kelsen quanto Ross pensavano che «il diritto potesse essere studiato avalutativamente»²⁴. Con la differenza che Ross concepiva come un fatto «l'insieme delle decisioni dei giudici», mentre Kelsen «come un sistema di norme»²⁵. Ma queste due posizioni divenivano sempre più criticate, perché «le dichiarazioni del nuovo costituzionalismo post-bellico» erano intrise di valori come: uguaglianza, libertà, solidarietà «eretti a parametri di validità dello stesso diritto positivo»²⁶. In ogni caso, a nostro avviso, e ci dispiace dirlo, tutte queste posizioni dottrinali non colgono il punto essenziale; e che cioè, nella Storia il diritto è (essenzialmente) uno strumento della classe politica (sociale e economica) dominante, alternativo alla guerra; nel senso che le altre classi, in qualche misura, si sono sottomesse ovvero si sono accordate con la classe dominante, anche nella forma della acquiescenza o del silenzio assenso²⁷.

In sintesi, queste tesi sono state ricordate per preparare il discorso sull'esame della teoria di Luigi Ferrajoli, che aderisce espressamente ad una delle correnti del positivismo giuridico²⁸. In ogni modo qualcosa di questo discorso verrà ripreso nel prossimo paragrafo 3.2. intitolato: *Tra Giuspositivismo e Giusnaturalismo*.

2. Origine del partito comunista come ordinamento giuridico rivoluzionario.

21 M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 50 s.

22 Cfr. M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 49; T. CASADEI - G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 373.

23 Cfr., G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto*, vol.III (aggiornato da C. FARALLI), Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 295.

24 M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 49.

25 Cfr. M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 50.

26 M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 50.

27 R. FEDERICI, *Guerra o diritto?* (I ed. 2009; III ed. 2013), cit.; R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni*, cit.

28 Non possiamo intrattenerci sulla discussione (talvolta gustose) dei sostenitori del positivismo giuridico con i loro detrattori. Disputa iniziata da A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico* (in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005, vol. I, p. 205 ss.; e alla quale replicava R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 1373 ss.; e controreplicava A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p.3251, ss.

a) Probabilmente, a livello teorico, tutto era cambiato almeno un secolo prima. Il *Manifesto del partito comunista* stilato da Marx e Engels nel 1848 si scagliò non solo contro i borghesi e la borghesia, ma, a molti, è sembrato anche che si lanciasse contro il diritto in sé. E cioè contro questo strumento che noi riteniamo indispensabile per ogni società umana. «Forse, Marx ed Engels pensavano e sognavano che il governo dei proletari comunisti avrebbe potuto fare a meno di questo meccanismo, ritenuto odioso. Ma ciò si è rivelato impossibile anche nei regimi comunisti»²⁹. Invero l'opposizione sistematica e scientifica è stata organizzata dai comunisti sempre in forma di movimento o partito politico (tale e quale a un nuovo ordinamento giuridico che si opponeva a quello in vigore). Movimento o partito che spesso è stato capace di abbattere la precedente classe dominante e il suo diritto. Ciò è dimostrato in tutti i paesi in cui il partito comunista avrebbe assunto il potere (Urss, paesi del blocco sovietico, Corea del Nord, Cina, Cuba, ecc.). Dunque, lo Stato comunista non è altro che la metamorfosi del partito comunista in Stato comunista (o sovietico, nella realtà Russa)³⁰.

In questa sede l'argomento può essere solo accennato, ma ci meraviglia sempre più il fatto che sia sfuggito un po' a tutti che Marx non aveva condannato il diritto in sé e per sé, ma unicamente il diritto della borghesia e delle classi dominanti che l'avevano preceduta perché tutte avevano oppresso la classe operaia: avevano umiliato e sfruttato il proletariato e ridotto il prodotto del loro sudore in merce vile. Un gran bel passo, un brano assai esplicito, ci sembra, sia sfuggito un po' a tutti, quello contenuto nel *18 brumaio di Luigi Bonaparte*, dove invece risulta chiaro che le sovrastrutture non concernono il diritto, ma le coreografie, gli idoli, le bandiere, gli stemmi³¹. Monarchici (legittimisti e orleanisti) facevano un blocco unico contro le altre classi; ma al loro interno erano profondamente divisi. A dividerli, infatti, non erano tanto le coreografie (le sovrastrutture), ma le separava una più profonda

29 R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 44.

30 In *Rivolte e rivoluzioni*, avevamo affrontato questo tema, ora vi torniamo sopra brevemente per integrare la bibliografia sul tema: H. KELSEN, *La teoria marxista del diritto*, Edizioni di Comunità, 1956 e 1980; R. GUASTINI, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano (1842-1851)*, il Mulino, Bologna, 1974; R. GUASTINI (a cura di), *Marxismo e teorie del diritto: antologia di scritti giuridici*, il Mulino, Bologna, 1980; E. RIPEPE, *Alla ricerca della concezione marxista del diritto: con una appendice in tema di crisi del marxismo*, Giappichelli, Torino, 1987; T. CASADEI - G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 236 ss.

31 K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (finito si scrivere e pubblicato una prima volta nel 1852; ma si sarebbe dovuto attendere il 1869 per l'edizione definitiva). La traduzione in lingua italiana si deve a P. TOGLIATTI, Editori Riuniti, Roma (l'edizione consultata e citata è quella del 2006), cap. III, p. 54 s.). Nel 2015 è uscita un'altra edizione con introduzione a cura di M. PROSPERO; il brano citato nella nuova edizione si trova, ovviamente, sempre nel cap. III, ma a p. 167 s.

differenza: una diversa visione economica e giuridica (la monarchia legitimista era favorevole alla proprietà terriera, mentre quella orleanista era sostenuta dal nascente capitalismo bancario e industriale). E Marx aveva consigliato ai montagnardi di allearsi con il capitalismo industriale per abbattere entrambi in due tempi (l'uno dopo l'altro) ma di non di andare subito allo scontro frontale contro i monarchici uniti. Per capire, leggere o rileggere (il "trascurato" o non compreso) *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*. Tanta fatica avrebbe risparmiato anche ai giuristi sovietici (e nostrani), che non riuscivano a risolvere il dilemma di come nell'età post leninista, staliniana e post staliniana si parlasse ancora di transizione verso il comunismo. «Gli anni ormai passavano, la rivoluzione era ormai lontana, il periodo di transizione dal socialismo al comunismo avrebbe dovuto essersi esaurito; e nei territori dell'Unione Sovietica avrebbe dovuto» trovare «realizzazione la società senza Stato e senza diritto»³².

b) Molto diversa l'esperienza anarchica, che tutto vorrebbe sopprimere, al fine di liberare tutti. I movimenti anarchici possono essere capaci di creare le condizioni per l'abbattimento del vecchio ordinamento; ma non vorrebbero crearne uno di veramente nuovo perché sarebbe contro i loro principi. E qui scatta la contraddizione insuperabile: essi, a parole, non vorrebbero creare un nuovo ordinamento giuridico. Ma nei fatti è tutto diverso. Anche i movimenti anarchici sono organizzazioni che non riconoscono altre organizzazioni al di sopra di sé, e dunque si comportano come ordinamenti giuridici sovrani. Ad esempio «nell'anarchismo di Proudhon, Bakunin, Kropotkin e Malatesta la libertà individuale è un risultato, un *end state* ... fa riferimento alle forze collettive, mai agli individui»³³. Mentre altra scuola (quella americana, a partire da Jefferson, Thoreau) ha «fatto i conti con l'idea di ordine politico fondato su una società senza Stato, sulla sovranità dell'individuo e sulla tutela dei diritti di proprietà»³⁴. Ironia della sorte: avviene che costoro abbiano predicato l'abbattimento di ogni regime giuridico, ma inconsapevolmente (ossia: attraverso una organizzazione che è giuridica a loro insaputa!?) abbiano puntato alla sostituzione del vecchio Stato con l'avvento al potere del movimento anarchico vincente. Questa contraddizione li rende forti nel momento della distruzione del nemico, ma deboli per sostituirsi ad esso. Infatti non si conoscono organizzazioni anarchiche al potere. Diverso sarebbe il caso di comunità anarchiche spontanee. Ma al momento non ce ne viene in mente nessuna. Questa potrebbe essere intravista nei

32 G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, cit., p. 306.

33 L.M. BASSANI, *Albert Jay Nock e i libertari americani: i "fedeli attardati della grande tradizione"*, prefazione alla edizione italiana del libro di Nock, *Il nostro Nemico, lo Stato* (1935), liberilibri, Macerata, 1995, ristampa 2005, p. XV.

34 L.M. BASSANI, *Albert Jay Nock e i libertari americani*, cit. p. XIII.

primi momenti della creazione degli Stati Uniti d'America, e secondo il principio che *“il governo migliore è quello che governa meno”* (Jefferson)³⁵. Forse è esistito come progetto nella Dichiarazione d'Indipendenza (1776), ma già nella Costituzione (1787) tutto era cambiato³⁶. «La tesi di Nock è che l'adozione della Costituzione fu un vero colpo di Stato diretto dagli interessi finanziari con l'intento di centralizzare la macchina governativa e guadagnarsi l'accesso ai mezzi politici»³⁷. Nel '68 (nel 1968) si è tentato qualcosa del genere con le “comuni”, ma poi anche queste esperienze si sono rivelate assai effimere.

c) Ciò premesso, «giova ripartire dal concetto marxiano secondo cui: *“Le idee dominanti di un'epoca sono sempre state soltanto le idee della classe dominante”*»³⁸. In un precedente passo del *Manifesto*, il pensiero era stato anticipato: *“Tutte le classi che fino ad ora si sono impossessate del potere, hanno sempre cercato di consolidare la posizione raggiunta assoggettando la società tutta intera alle condizioni del loro particolare modo di appropriazione”*³⁹. Questo passaggio relativo all'assoggettamento ad un particolare modo di appropriazione dei beni e delle merci indica un modo d'essere del diritto. Non è l'unico. Infatti anche quello che auspica la proprietà collettiva o dello Stato, è un modello giuridico⁴⁰. È il modello seguito da tutti i sistemi comunisti.

L'accusa verso le società capitalistiche «veniva accentuata e sviluppata con le seguenti parole: *“La storia di tutta la società passata si è svolta in contrasti di classe, che nelle diverse epoche hanno assunto forme diverse”*⁴¹. *“Ma qualunque sia stata la forma assunta da tali contrasti, lo sfruttamento di una parte sull'altra è stato il fatto comune a tutti i secoli passati”*^{42 43}. Si è quindi dedotto che il diritto fosse uno strumento deleterio.

c1) Ferrajoli ha «sempre avuto, com'è ovvio, una grande ammirazione per il pensiero di Marx, ma non» pensa «di essere mai stato propriamente marxista»⁴⁴. Quel che ha «sempre trovato inaccettabile dell'ortodossia marxista è la radicale svalutazione del ruolo del diritto come possibile sistema di limiti e di vincoli e controlli nei confronti dei poteri pubblici e privati»⁴⁵. Per il Ferrajoli, «quella vulgata ... deve essere non solo respinta, ma ribaltata: il diritto positivo è una costruzione integralmente artificiale, e può ben essere costruito, anziché come legge

35 Cfr. L.M. BASSANI, *Albert Jay Nock e i libertari americani*, cit. p. XIII.

36 L.M. BASSANI, *Albert Jay Nock e i libertari americani*, cit. p. XIII.

37 L.M. BASSANI, *Albert Jay Nock e i libertari americani*, cit. p. XIV.

38 *Il Manifesto del partito comunista* (1848) parte II.

39 *Il Manifesto del partito comunista* (1848) parte II.

40 R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 44.

41 *Il Manifesto del partito comunista* (1848) parte II.

42 *Il Manifesto del partito comunista* (1848) parte II.

43 R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 44.

44 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

45 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

del più forte, riflesso o sovrastruttura della struttura capitalistica, come *legge del più debole*, come è avvenuto con le odierne costituzioni rigide»⁴⁶. «Sono in effetti leggi del più debole ... tutti i diritti fondamentali, costituzionalmente stabiliti»⁴⁷.

c2) Ma, veramente, Marx svalutava il diritto? Oppure si tratta di opinione comune e diffusa ma profondamente errata? Sicuramente Marx ed Engels condannavano il diritto del nemico di classe? Sicuramente ciò che non piaceva a Marx ed Engels erano gli ordinamenti giuridici della classe borghese, e delle classi diverse dal proletariato; e non già il diritto in sé. In fin dei conti lo stesso partito comunista si era costituito e costruito come ordinamento giuridico alternativo a quelli borghesi e dell'antico regime»⁴⁸. Se la religione è condannata come l'oppio dei popoli, anche il diritto del nemico è condannato come infame; ma nel contempo proprio dal *Manifesto* si ricava la *costruzione di una nuova fede nel partito comunista*; e nel contempo la costruzione di un nuovo ordinamento giuridico con l'organizzazione del partito comunista e delle sue classi dirigenti.

Infatti, nel corso del tempo, il partito comunista si sarebbe organizzato «come struttura legata da forti connotati ideologici. Sospinta dall'ardore degli adepti, che inconsapevolmente o meno si organizzarono in un partito con regole ferree. Più che un partito politico, quello comunista era un ordinamento rivoluzionario. Era una organizzazione rivoluzionaria, che poteva agire all'occorrenza come ordinamento contrapposto a quello statale. Le violazioni delle regole interne al partito erano e sono severamente punite così come si richiede ad una organizzazione giuridica pienamente efficiente. Dunque, inconsapevolmente o meno, il partito comunista nacque e crebbe come organizzazione giuridica sovrana. Sopra il partito non c'era nulla. Il segretario del partito o dei soviet era il capo. Così per Lenin, così per Stalin, così per chi prese il loro posto. Le sanzioni erano immancabili contro i non aderenti alla linea imposta dal partito. La segretezza delle decisioni era un valore e una regola tra le più importanti. Gli avversari dovevano essere tenuti all'oscuro del dibattito interno e delle decisioni strategiche. La partecipazione popolare era negata. Verso l'esterno si comunicava attraverso la propaganda di partito, e le notizie veramente importanti scarseggiavano. Ciò nonostante, l'organo di diffusione di massa delle

46 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

47 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

48 R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 44. Testo utile anche per comprendere in forma nuova la differenza fra strutture e sovrastrutture.

Per comprendere che il diritto non appartiene alla categoria sovrastrutture ma a quello delle strutture leggere C. MARX, *Il 18 brumario di Luigi Bonaparte* (1852), Editori Riuniti, Roma, 2006, p. 54 s. Cfr. R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 2 s. e altrove.

notizie nell'URSS sarebbe diventato proprio quel giornale avente per nome la "Pravda" (che in russo significa la "Verità")»⁴⁹.

d) Con la creazione degli ordinamenti giuridici e dello Stato, si è cercato di evitare la guerra di tutti contro tutti (Hobbes). Sempre con la creazione degli ordinamenti giuridici e dello Stato, si è provato a proteggere e garantire il rispetto della vita, attraverso strumenti sanzionatori che puniscono i reati: come le lesioni, le aggressioni, le vendette, gli omicidi, le rapine, i sequestri di persona. La funzione primaria degli ordinamenti giuridici, infatti (e, a nostro avviso), è quella di prevenire e risolvere le controversie in modo civile. Ossia, nel modo il meno traumatico possibile per evitare, cioè, gli strumenti bellici come la vendetta, i duelli e i conflitti armati (come la guerra civile e/o internazionale e la rivolta)⁵⁰. E può essere riassunta nella formula: *ne cives ad arma veniant* (affinché i cittadini non vengano alle armi)⁵¹.

3. Il pensiero di Luigi Ferrajoli: il Garantismo.

La contestazione di Luigi Ferrajoli del "diritto illegittimo" inizia con una serie di domande. Ma come si riesce a garantire il rispetto dei diritti fondamentali? E a proteggere i diritti di libertà e i diritti sociali? Qual è il modo per onorare la persona umana e i suoi diritti sociali e di libertà? Quali sono gli strumenti giuridici idonei a fornire le dovute garanzie? Domande e risposte, esse stesse, a dir poco, essenziali per ogni ordinamento giuridico che pretenda di dirsi civile.

Sono questi i punti di domanda da affrontare per esaminare ogni ordinamento giuridico moderno. Luigi Ferrajoli si è posto le suddette questioni, ed ha fornito risposte ed indicato i modelli e i requisiti. I modelli, cioè, e i requisiti idonei a rendere effettivo il riguardo dovuto a questi diritti da parte dello Stato e degli altri cittadini. E con tale scopo, Ferrajoli ha elaborato un sistema teorico, che si fonda sul principio del "Garantismo"⁵². Proviamo a studiarlo.

Luigi Ferrajoli ha prodotto una montagna di scritti e di libri, ma noi per comodità (e tanto per cominciare) e come guida ci serviamo di una sintesi, il libricino dal titolo: *Dei diritti e delle garanzie*⁵³, un dialogo con domande e risposte brevi. Tale saggio è

49 R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 45.

50 R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit.

51 R. FEDERICI, *Ne cives ad arma veniant*, pubblicato negli atti in onore del prof. Claudio Rossano, Jovene, Napoli, 2013, vol. I; e riproposto in appendice nella III ed. di *Guerra o diritto?*, p. 333 ss.

52 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 330.

53 *Conversazione con Mauro Barberis*, il Mulino, Bologna, 2013.

funzionale al nostro discorso sulla individuazione precisa delle linee fondamentali del pensiero di Ferrajoli sul *Garantismo*.

Di norme di garanzia estese al diritto penale, in Italia aveva discorso in qualche misura anche Pietro Nuvolone (1917-1985). Nuvolone nella trattazione della parte generale del diritto penale aveva insistito sulla distinzione tra “norme - comando” e “norme-garanzia”⁵⁴. Sulle norme di comando (e di divieto) c’è poco da dire, talmente sono conosciute. Sono le regole usuali, generali ed astratte; sono utilizzate tanto nel diritto civile quanto nel diritto penale. Esse impongono un fare, un dare oppure un divieto di fare o prestare; e puniscono le relative violazioni con sanzioni previste dalle leggi civili, penali, amministrative, tributarie, processuali e così via. Le *norme di garanzia*, invece, sembrerebbero ristrette all’ambito del diritto civile. Tanto è vero che per garanzia e/o garanzie, fin dai tempi del diritto romano, si intende «una classe di istituti» «volti ad assicurare l’adempimento delle obbligazioni e la tutela dei corrispondenti *diritti patrimoniali*. Se ne distinguono, in questo senso, due classi: le *garanzie reali* come il pegno e l’ipoteca» e le «*garanzie personali*, come la fideiussione e l’avallo»⁵⁵. Tuttavia notava già il grande penalista Pietro Nuvolone, esistono anche norme di garanzia disciplinate dal diritto penale tradizionale. In quest’ultimo caso «la norma-garanzia ... è, del tutto, estranea ad ogni funzione intimidatrice e tende esclusivamente a difendere su un’altra frontiera e con altri mezzi gli interessi tutelati penalmente». Tipiche, ad esempio, le norme che dettano regole legislative di garanzia nei confronti degli incapaci⁵⁶.

Le garanzie infatti sono doveri e sanzioni⁵⁷. «L’opposto del garantismo è il dispotismo giudiziario»⁵⁸. E cioè il dispotismo, la demagogia mirano «ad avere un facile consenso attraverso la repressione punitiva: come se alzare le pene contro i delinquenti e diminuire le garanzie per gli indagati fosse la panacea per tutti i problemi penali»⁵⁹. Demagogia e populismo sono assimilati⁶⁰. In altre parole, sembra di capire che “populismo” sia il nuovo nome di demagogia. E si suddivide nelle due

54 P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale* (Cedam, Padova, 1972 e 1982) (citato da S. VINCIGUERRA, *Nuvolone Pietro*, voce del *Dizionario Biografico degli italiani*, Treccani, vol. 79, 2013).

55 L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, prima ed. 2007, vol. I, p. 194 s.

56 P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit.

57 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 59.

58 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14. «È con riferimento al dispotismo punitivo che il giusnaturalismo illuminista sviluppò le sue battaglie contro l’intolleranza politica e religiosa e contro l’arbitrio repressivo dell’*ancien régime*» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. XVIII).

59 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14.

60 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14.

forme di populismo giudiziario e populismo legislativo⁶¹. Invero, demagogia e populismo non sarebbero sinonimi. Ma per coloro che accusano gli altri di demagogia va bene così.

Garantismo è una denominazione introdotta in Italia nella seconda metà degli anni Settanta del '900, «per indicare le tecniche di tutela dei *diritti fondamentali*: siano essi negativi, come i *diritti di libertà*, cui corrispondono divieti di lesione, o diritti positivi, come i *diritti sociali* cui corrispondono obblighi di prestazione in capo ai pubblici poteri»⁶². «Fa la sua comparsa, nella cultura di sinistra di allora, sul terreno del diritto penale, quale replica alla legislazione e alla giurisdizione di emergenza che in quegli anni ridusse il già debole sistema delle garanzie del corretto processo»⁶³. Ferrajoli è «stato uno dei primi a farne uso»⁶⁴. Erano gli anni di piombo: quando cioè la contestazione aveva assunto le forme della violenza; e gli attentati, i rapimenti erano all'ordine del giorno; così come le manifestazioni e le pubbliche contestazioni⁶⁵.

«Si produsse allora, nella sinistra italiana, una divisione tra i fautori della legislazione d'emergenza come risposta quasi obbligata alla minaccia eversiva del terrorismo, e quanti invece sostenevano la necessità di rispondere a quella minaccia con la forza dello Stato di diritto, messa alla prova proprio dalla sua capacità, nei momenti difficili, di non ammettere eccezioni né cedimenti»⁶⁶.

3.1. Senza diritto non c'è giustizia. La giustizia ha bisogno del diritto.

Ad avviso della teoria elaborata dal Ferrajoli, "*Garantismo*", dunque, significa tutela «di quei valori o diritti fondamentali la cui soddisfazione, anche contro gli interessi della maggioranza, è lo scopo giustificante del diritto penale: l'immunità dei cittadini contro l'arbitrarietà delle proibizioni e delle punizioni, la difesa dei deboli mediante regole del gioco vevoli per tutti... »⁶⁷. In altre parole, si potrebbe dire che il Ferrajoli si propose di avvicinarsi di molto al diritto ideale; al diritto, cioè, come

61 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14.

62 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 195.

63 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 13. Per approfondimenti, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 194 ss.

64 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 13.

65 Tanto per citare un libro, per chi non visse o non ricorda quei momenti drammatici, e per rievocare i fatti di allora L. ANNUNZIATA, 1977. *L'ultima foto di famiglia*, Einaudi, Torino, 2007. Dove si prende spunto dalla divisione della famiglia comunista: per scissione delle famiglie dei giovani contestatori contro quella unitaria dei "padri o dei vecchi" abbarbicati accanto alle insegne del Pci.

66 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 13.

67 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 330.

arte del buono e dell'equo, secondo la nota definizione contenuta all'inizio del Digesto: *ius est ars boni et aequi*⁶⁸.

Attenzione, a questo punto, Ferrajoli fa un passo nuovo, inatteso, e per certi versi spettacolare quando afferma che *senza diritto non c'è giustizia*⁶⁹. *La giustizia ha bisogno del diritto*⁷⁰. Questo passo è strategico e convincente allo stesso tempo. Infatti senza diritti e doveri, senza rispetto dei diritti e dei doveri non c'è giustizia, senza rispetto di un ordinamento giuridico civile, c'è solo caos e violenza pura. Non c'è ordinamento giuridico ma qualcosa che somiglia molto alla prepotenza e alla guerra di tutti contro tutti ovvero all'anarchia. Invero, Carnelutti aveva azzardato: se gli esseri umani sapessero amare non ci sarebbe bisogno di leggi, di giudici, di confini e di gendarmi. Ma siccome gli esseri umani non sanno amare ecco che c'è bisogno di leggi, di giudici, di gendarmi e di confini⁷¹. Idea ispirata al messaggio evangelico e a quella, sopra ricordata, del Manzoni: *la man degli avi insanguinata seminò l'ingiustizia, i padri l'hanno coltivata col sangue; e omai la terra altra messe non dà*⁷².

Torniamo da Ferrajoli: in altre parole, il *Garantismo* non è altro che rispetto delle regole (sostanziali e processuali) a favore dei più deboli. Infatti i forti non hanno bisogno di un soprappiù di garantismo. Ferrajoli sostiene che «la giustizia, come la morale, non sono questioni di maggioranza». Ma questo è un passaggio chiave (ma difficile da digerire per chi si considera un democratico e un giuspositivista). E dunque va spiegato.

3.2. Tra Giuspositivismo e Giusnaturalismo.

Il giuspositivismo, si sa, è nato come forma di rispetto della legge civile rivoluzionaria (quella nata dalla rivoluzione francese e dai suoi codici). Prima di allora non si era mai parlato di giuspositivismo, anche se Montesquieu ne aveva introdotto il concetto con attribuire all'ordine giudiziario e al giudice in particolare la funzione di "*Bocca della legge*". Tutto ciò sulla base della sua celebre distinzione dei poteri per garantire la libertà, la democrazia e il progresso civile. Ma molta acqua è passata sotto i ponti da quei momenti e quello che allora era considerato civile e moderno, oggi, potrebbe sapere di vecchio e stantio.

68 Digesto, I, 1.1. Definizione attribuita ad Ulpiano e da questi a Celso.

69 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

70 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

71 F. CARNELUTTI, *La guerre e la paix* (1945), tradotto e riedito (a cura di G. TRACUZZI), Giappichelli, Torino, 2014, p. 113.

72 A. MANZONI, *Adelchi*, V, 8, 356-359.

Per comprendere il giuspositivismo di Ferrajoli bisogna ragionare in termini di gerarchia. Gerarchia fra le fonti del diritto. Egli si chiede: qual è la legge fondamentale del nostro ordinamento giuridico? E alla quale tutte le altre leggi sono sottomesse gerarchicamente? La risposta è semplice: questa legge è la Costituzione repubblicana entrata in vigore il 1° gennaio del 1948. Tutte le altre leggi le sono subordinate e tale subordinazione deve esser fatta rispettare dalla Corte Costituzionale.

In altre parole, l'orologio della Storia italiana, in quel frangente, ha toccato il suo massimo, ogni legge contraria potrebbe essere considerata al pari di una eresia. E va condannata e rimossa dall'ordinamento giuridico italiano. La Corte Costituzionale dovrebbe agire come la "Santa Inquisizione": un brutto paragone, ce ne rendiamo conto, perché l'Inquisizione non fu affatto santa ma assai carnefice.

Ora come la mettiamo? Ferrajoli è un giuspositivista e giustamente ritiene che secondo il nostro ordinamento giuridico esiste una gerarchia delle leggi (che non potrebbe essere infranta neanche dalla normativa dell'Unione Europea, comunque la si chiami!). E che nessuna classe dominante possa sostituirsi a quella che allora pose le norme fondamentali dell'ordinamento italiano. Sorse poi il problema per superare i non pochi contrasti tra le diverse norme costituzionali. Dopo il giuspositivismo sopra esposto, ecco spuntare una sorta di neo-giusnaturalismo fondato sulla interpretazione delle norme della Costituzione: bisogna cercare fra di esse le norme prevalenti. Stavamo per dire, bisognerebbe cercare se qualcuna di queste norme sia più costituzionale delle altre. A tal proposito, si è discusso spesso dell'articolo 3 della Costituzione come norma suprema.

3.3. I delitti dei poveri (rinvio).

Ferrajoli ricorda che i delitti dei poveri si combattono con le misure che riducono o eliminano la povertà. «Le garanzie dei diritti sociali» sono «le vere misure in grado di prevenire grande e piccola criminalità» (ben più che la minaccia delle pene)⁷³. «Povertà e mancanza di garanzie di sopravvivenza, al contrario, sono fattori criminogeni che spingono le persone emarginate nelle braccia della criminalità» organizzata (come mafia e camorra)⁷⁴.

⁷³ L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65.

⁷⁴ L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65.

Ancora oggi siamo nella situazione drammatica, nella quale non si riesce a combattere efficacemente il fenomeno del caporalato, ed espungere definitivamente il fenomeno criminoso di riduzione in schiavitù: per ulteriori informazioni si rinvia alle relazioni del convegno "Uguaglianza e Discriminazione", svoltosi a Roma - la Sapienza, in data 6

Ciò detto, Ferrajoli passa alla critica di un'altra legislazione assurda come, ad esempio, quella che consegna il mercato della droga al monopolio criminale, con tutti i suoi effetti devastanti (si rinvia al § 20).

3.4. Negato che il diritto sia uno strumento della classe dominante (di ogni epoca e luogo), poi sembra assurdo pensare che possa essere lo strumento di una precedente classe dominante.

V'è un argomento rimasto in sospeso: *se si nega che il diritto sia uno strumento della/e classe/i dominante/i (di ogni epoca e luogo), poi sembra assurdo pensare che possa essere lo strumento di una precedente classe dominante.*

“Dovunque vi sia una classe dominante” (come sostenuto non solo da Marx, ma anche da moltissimi altri prima di lui) le leggi non sono altro che privilegi delle classi dominanti (basti pensare a Trasimaco di Calcedonia, a Orazio, Carneade, J. J. Rousseau, a Cesare Beccaria, J. S. Mill). Anche chi scrive (proprio perché non è un idealista né un utopista) è costretto ad aderire a questa linea di pensiero. Ma per non cadere nel peggiore dei trabocchetti, a noi sembra di avere in serbo una sorta di gomma di scorta. Quando i privilegi diventano insopportabili e vengono difesi con forme di violenza bellica contro la collettività che si ribella, allora ci si sente di dire che in quel momento non si è più in presenza di un unico ordinamento giuridico in vigore ma di due: l'un contro l'altro armati. È il caso della guerra civile (o della rivoluzione) fra due ordinamenti contrapposti.

Quando un ordinamento si comporta come sistema giuridico in guerra contro un altro, vengono meno i suoi caratteri fondativi e le funzioni originarie dell'ordinamento giuridico: quello di essere, cioè, strumento della politica e dell'economia con funzioni di prevenzione e risoluzione delle controversie (*Ne cives ad arma veniant*)⁷⁵. Laddove uno Stato fa la guerra si comporta in modo antiggiuridico: alternativo a quello giuridico. Infatti il potere politico, a nostro avviso, ha due strumenti per attuarsi: quello giuridico e quello bellico. Quello accettato dalla comunità; e quello che vorrebbe imporsi anche a chi è contrario con ausilio della forza bellica.

Una considerazione in più sullo scopo del diritto come difesa dei più deboli. È questo un ideale da non trascurare. Un obiettivo da porsi come sempre presente. Ma i più deboli in un sistema democratico o sono pochi o non esistono veramente,

ottobre 2017 (Radio Radicale).

75 R. FEDERICI, “*Ne cives ad arma veniant*”, ora anche in allegato alla III edizione di *Guerra o diritto?*, cit., p.333 s.

perché in democrazia tutti possono far valere la propria volontà, altrimenti non è democrazia. E se non c'è democrazia, un po' tutti sono deboli. La gran maggioranza è costituita dai deboli. Perché si introduce il criterio della democrazia come metodo, seppur imperfetto, di tutela dei deboli? Ecco il ragionamento. Alla difesa dei più deboli si devono dedicare i più forti (come i genitori). Ma fra le genti diverse e nei territori stranieri il migliore aiuto dovrebbe venire dai propri simili; e quindi alla difesa dei più deboli debbono dedicarsi gli stessi più deboli. Ciò è quello che si sta facendo da alcuni secoli, in due modi: con le rivoluzioni classiche o con le rivoluzioni non violente (e più sottili) come quella portata avanti da studiosi del calibro di Ferrajoli, che discorrono di *diritto illegittimo* per condannare la legislazione che non tutela le classi più deboli. E così può anche capitare che le classi ritenute più deboli a forza di rafforzarsi diventino le più forti.

3.5. La rivoluzione nel pensiero di Hannah Arendt.

Negli Stati borghesi non era così e così neanche nei paesi a regime comunista. Però, c'è sempre un però! In ogni caso ci piace ricordare il pensiero di due autori. Hannah Arendt, la quale afferma che *la rivoluzione è "ben altro che liberare se stessi rendendo schiava l'altra parte"*⁷⁶. E Blaise Pascal secondo cui: *la giustizia senza la forza è impotente, mentre la forza senza la giustizia è tirannia*⁷⁷. Quando Ferrajoli sostiene che la giustizia ha bisogno del diritto (ossia della forza del diritto), a nostro avviso, troviamo una sorta di riaffermazione del principio di Pascal.

4. formazione e sviluppo del pensiero di Luigi Ferrajoli.

a) Ferrajoli accoglie le intuizioni di Hobbes sulla nascita degli Stati. Gli ordinamenti giuridici sono costruzioni umane, nel senso che sono universi linguistici artificiali. Egli aggiunge che gli *ordinamenti giuridici legittimi* son quelli fondati sulla stipulazione delle regole e dei principi da osservare. Leggi che vanno applicate mediante tecniche appropriate ai fatti giudicati⁷⁸.

b) Ecco subito risaltare la distinzione tra "*diritto legittimo*" e quel diritto solo in senso formale "*diritto per modo di dire*" (ovvero "*diritto illegittimo*"). Distinzione fondamentale in tutta la sua opera. Che in qualche misura potrebbe essere analizzato

⁷⁶ H. ARENDT, *Sulla rivoluzione* (1963), Einaudi, Torino, 2009, p. 17.

⁷⁷ B. PASCAL, *Pensieri*.

⁷⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 44 s.

in termini di similitudini e di differenze con la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici, da noi ripresa dagli studi di Santi Romano e poi rielaborata⁷⁹.

c) In particolare il Ferrajoli si occupa del «problema del garantismo penale» che affronta con l'elaborazione di tecniche particolarmente stringenti sul piano teorico e pratico onde renderle il più possibile esenti da errori⁸⁰. Ossia, e come già detto poco sopra, il concetto di "*Garantismo*" nell'ottica del Ferrajoli assume il significato di tutela «di quei valori o diritti fondamentali la cui soddisfazione, anche contro gli interessi della maggioranza, è lo scopo giustificante del diritto penale». Con esso si insegue e si difende «l'immunità dei cittadini contro l'arbitrarietà delle proibizioni e delle punizioni, la difesa dei deboli mediante regole del gioco valevoli per tutti...»⁸¹.

d) Tutto il discorso di Ferrajoli ruota intorno alle garanzie. Intorno alle garanzie dei diritti fondamentali. Ferrajoli è dell'idea che *soltanto il diritto positivo possa garantire l'effettività dei principi di giustizia affermati dal diritto naturale (o giusnaturalismo)*. L'effettività si realizza unicamente con le «tecniche di invalidazione e riparazione» contro le anomalie, e le lacune del diritto illegittimo⁸². Sicché le norme *vigenti* ma sostanzialmente contrarie alla Costituzione danno luogo al *diritto illegittimo*, quello cioè destinato ad essere dichiarato incostituzionale⁸³.

e) Il giuspositivismo di Ferrajoli si distingue da quello di Bobbio, perché «la dogmatica e la teoria del diritto non possono limitarsi a dire, secondo una classica tesi bobbiana, "ciò che il diritto è"» ma dovrebbero dire anche «"ciò che il diritto non deve essere" e che tuttavia illegittimamente è»⁸⁴.

f) «I giuristi ... hanno sempre svolto un ruolo critico e normativo nei confronti del diritto positivo. Solo che lo hanno svolto, di solito, senza esplicitarlo, e perciò nel modo peggiore, a causa della pretesa dell'avalutatività che sempre ha pesato come un'ossessione sulla cultura giuspositivista»⁸⁵.

g) Invece la *Teoria del garantismo* costruita da Ferrajoli, «conferisce ... alla dogmatica una funzione critica nei confronti del suo oggetto e alla teoria una funzione a sua volta normativa e progettuale»⁸⁶.

h) Nella teoria del garantismo elaborata dal Ferrajoli si loda la separazione dei poteri e il positivismo. Si vorrebbe coniugare la teoria della separazione dei poteri

79 R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit., p. 269 ss.; R. FEDERICI, *Un passo oltre Santi Romano. La critica del concetto di diritto bellico*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, vol. II, p. 1203 ss.

80 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 45, 330.

81 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 330.

82 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 119.

83 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

84 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 31.

85 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 31.

86 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 31.

col positivismo giuridico con una sorta di neo-giusnaturalismo (fondato sul costituzionalismo o sulla rifondazione del costituzionalismo quale prodotto delle moderne Costituzioni rigide). Tuttavia egli evidenzia tutta la sua sfiducia nei confronti dei nostri attuali legislatori⁸⁷. E in qualche modo scarica sulla magistratura il lavoro che non sa fare il legislatore. Ma non sempre, nella storia anche recente, la giurisprudenza risulta all'altezza del carico di responsabilità attribuito all'operato dei giudici (sono note le polemiche furiose sul caso Palamara; e peraltro ancora sanguina la ferita inferta dalla brutta vicenda giudiziaria che aveva colpito il noto conduttore televisivo Enzo Tortora).

i) I principali studiosi di riferimento di Ferrajoli sono: Hobbes, gli illuministi (in particolare Montesquieu⁸⁸ Voltaire⁸⁹, Rousseau e Cesare Beccaria), e poi Marx (dal quale però prende le distanze, per quell'aspetto della teoria marxiana che sottovaluta l'importanza del diritto), Hart, Kelsen ed ovviamente il suo maestro Norberto Bobbio⁹⁰. E molti altri che non sto qui a citare. Il successo e la sua influenza sulla moderna dottrina è enorme; maggiore nei paesi latino-americani ed in Spagna e Portogallo: così tanto preminente rispetto a quella (già assai notevole) vantata nella stessa Italia⁹¹.

l) Il filosofo del diritto, Luigi Ferrajoli, dunque, «è considerato il maggiore esponente della Scuola italiana di filosofia analitica»⁹² e «uno dei pochi italiani più famosi all'estero che nel proprio Paese»⁹³. Ferrajoli «da una vita si dedica a costruire una teoria del diritto e della democrazia discussa in tutto il mondo»⁹⁴. «Il garantismo di Ferrajoli si distingue perché legge problemi e propone soluzioni in termini

87 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 24.

88 Ovviamente allorché si parla di separazione dei poteri «si allude soprattutto alla classica dottrina di Montesquieu ... concepita con riferimento a sistemi politici incomparabilmente più semplici di quelli odierni» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 870).

89 Voltaire condannò papa Gregorio per essere stato il primo a mandare al rogo le streghe; e condannò tutti gli altri che dopo di lui fecero bruciare un numero incredibile di streghe e stregoni: più ne venivano arsi vivi più se ne riproducevano. Fino quando non si sarebbe deciso di non bruciarne più; e la conseguenza sarebbe stata che col cessare di mandare al rogo stregoni, streghe ed eretici anche essi sarebbero scomparsi (Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 433).

90 Sulla differenza tra il giuspositivismo di Bobbio e quello di Ferrajoli, si veda L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 30 s.

91 Cfr., per tutti, G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III (aggiornato a cura di C. FARALLI), V ed., cit., p. 372 s.

92 M. BARBERIS, *Presentazione*, in *Dei diritti e delle garanzie (Conversazione di L. Ferrajoli con M. Barberis)*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 7.

93 M. BARBERIS, *Presentazione*, cit., p.7.

94 M. BARBERIS, *Presentazione*, cit., p.7.

rigorosamente giuridici: essenzialmente in termini di garanzie dei diritti delle persone»⁹⁵.

m) Il garantismo per come lo intende Ferrajoli è «l'altra faccia del costituzionalismo, quella volta ad assicurarne l'effettività mediante l'introduzione e l'attuazione delle garanzie dei diritti costituzionalmente garantiti»⁹⁶. «Le garanzie sono infatti le tecniche attraverso le quali vengono tutelati e soddisfatti i diritti, i quali consistono tutti in bisogni o immunità, in aspettative passive associate o meno a facoltà»⁹⁷. Ovviamente la teoria del garantismo era stata esposta dallo stesso Ferrajoli già da tempo: «nell'ultima parte» di *Diritto e ragione* (prima edizione, 1989).

n) «Configurare la teoria generale dello “stato di diritto” come teoria del garantismo, e delinearne i principi» ha la funzione di «assicurare effettività ai vari tipi di diritti “fondamentali”: che sono tali nel senso che i valori da essi espressi “fondano” e giustificano l'esistenza stessa di quegli “artifici”, come li chiamò Hobbes, che sono il diritto e lo stato e che sono apprestati dagli uomini per la loro soddisfazione»⁹⁸.

o) Tuttavia si tratta sempre di «convenzioni normative», relative, imperfette, approssimative, «sicché sono sempre giustificati il dubbio e la critica in ordine al loro grado di effettività»⁹⁹. «Il potere politico, per esempio, è legittimato dalla sua rappresentatività della volontà popolare; la quale ... è chiaramente una convenzione»¹⁰⁰.

p) I giudizi sul Ferrajoli che si leggono in apertura di questo aureo libricino¹⁰¹ provengono da un filosofo del diritto (Mauro Barberis) che in un primo momento era schierato su un altro fronte: quello che assimilava il pensiero di Ferrajoli a quello di

95 M. BARBERIS, *Presentazione*, cit., p.7.

96 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 11 s.

97 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12. Garantismo che «non ha nulla a che fare con il mero legalismo, o formalismo o proceduralismo. Esso consiste bensì nella tutela dei diritti fondamentali» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. XXIII).

98 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 377.

99 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 217.

100 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 217.

101 Libricino è qui da intendersi, ovviamente, in senso relativo, e cioè rispetto ai principali scritti di Ferrajoli i quali superano ampiamente le mille pagine. *Dei diritti e delle garanzie*, invece (tra domande e risposte) non raggiunge le duecento.

neo-costituzionalisti (R. Dworkin (1931- 2013)¹⁰², R. Alexy (nato nel 1945)¹⁰³, M. Atienza, J. Ruiz Manero e G. Zagrebelsky). Contro detta assimilazione, aveva reagito lo stesso Ferrajoli, con un articolo pubblicato nel 2010 sulla rivista "Giustizia Costituzionale"¹⁰⁴.

r) Conosciamo meglio i due personaggi del libro *Dei diritti e delle garanzie* (Ferrajoli e Barberis): Luigi Ferrajoli è un democratico radicale, illuminista e riformista. È stato etichettato in vari modi (neogiuspositivista, giuscostituzionalista). Forse la qualifica che crea meno problemi è quella di "garantista". Ferrajoli ha preso le mosse dalla sua esperienza di magistrato penale, da quel settore, cioè, dove «più brutale è il rapporto tra autorità e libertà»¹⁰⁵. Ed ecco i titoli dei suoi scritti fondamentali:

- sul garantismo penale "*Diritto e ragione*" (1989), del quale si contano numerose edizioni; e

- sul garantismo sociale "*Principia juris*" (2007).

Marco Barberis è molto più giovane (di quasi venti di anni), si considera un liberale di sinistra, scettico e realista; è autore, tra l'altro, di un fortunato manuale di *Filosofia del diritto*¹⁰⁶. Manuale, giunto alla sesta edizione, al quale egli cambia titolo e lo fa diventare: *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*¹⁰⁷. La tesi fondamentale di Barberis è che il giusnaturalismo pecca nel «pretendere che il diritto ingiusto non sia diritto, mentre i positivisti hanno ragione a constatare che il diritto resta diritto anche se ingiusto»¹⁰⁸. Ma dopo Auschwitz «tutti possono ammettere, però, che il diritto deve essere giusto: e forse pure che, per il diritto la giustizia non è un valore come gli altri, ma è il valore propriamente giuridico, come la verità per la scienza e la bellezza per l'arte»¹⁰⁹.

102 R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (ed originale Londra 1977), trad. it. il Mulino, Bologna, 1982. «Il post-positivismo può essere fatto cominciare ... con le critiche di Ronald Dworkin ad Herbert Hart, raccolte nel volume, del 1977, *Taking Rights Seriously*». Nel corso del quale entra «in polemica con la tesi hartiana della separazione tra diritto e morale» (G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III (aggiornato a cura di C. FARALLI), cit., p. 356 ss. La tesi verrà sviluppata dallo stesso autore in un altro libro: R. DWORKIN, *Law's Empire*, Londra, 1986 (trad. it. *L'impero del diritto*, Milano, 1989)

103 Sulla scia di Dworkin si mette R. ALEXY, cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, (aggiornato a cura di C. FARALLI), cit., p. 364 ss.

104 Sul dissenso con i neocostituzionalisti ed anche con i giusrealisti come Riccardo Guastini, L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 80 s.

105 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

106 Il Mulino, Bologna, 2000; dello stesso autore, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 2000.

107 M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit.

108 M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. IX, 52 ss.

109 M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. IX.

Il primo (Ferrajoli) propone soluzioni costruttive e illuminate. Il secondo (Barberis) cerca di smontarle, ma può capitare anche l'inverso¹¹⁰.

5. Il "diritto illegittimo".

Nel suo celebre "Contratto sociale" (del 1762), J. J. Rousseau si era posto il problema di come risolvere il dilemma del "diritto illegittimo, ovvero della violenza e dell'asservimento di gran parte del popolo francese al potere di pochi nobili: un vero e proprio sopruso contro i diritti fondamentali del popolo di Francia. Si trattava di combattere i privilegi e gli abusi perpetrati dalla aristocrazia ai danni dei comuni cittadini. Privilegi e prepotenze condannate da tutti gli illuministi a cominciare da Montesquieu, da Voltaire, dagli enciclopedisti come Diderot, dal nostro Cesare Beccaria, da Sieyès e tanti altri.

«Noi abbiamo conoscenza storica di ordinamenti civili e penali, ma sappiamo anche che, nei secoli bui della storia, la giustizia penale è stata amministrata in modo vergognoso»¹¹¹.

Potremmo dire oggi del *diritto illegittimo* (che tormentava i sudditi dell'antico regime e di tutti i regimi dittatoriali successivi) quanto dissero gli illuministi. Essi auspicarono (e poi i loro allievi più arditi fecero) una rivoluzione, nel tentativo di fondare sui poteri legittimi un nuovo ordinamento giuridico. Ossia, fondarlo sulla sovranità popolare. Già Montesquieu aveva parlato di separazione dei poteri onde evitare l'assolutismo regio. Già Montesquieu si era detto favorevole ad un regime repubblicano.

Rousseau era per la democrazia diretta, mentre Hobbes e Montesquieu preferivano quella indiretta. Voltaire criticava e continuava a criticare il modo vergognoso in cui veniva amministrata la giustizia durante l'antico regime, e ridicolizzava chi pensava di vivere nel migliore dei mondi possibili (come Leibniz)¹¹². Insomma per Rousseau, il popolo doveva autogovernarsi attraverso un sistema di democrazia diretta, dove le sanzioni e l'apparato giudiziario avessero un ruolo minore. Il ragionamento di Rousseau era questo: poche sono le violazioni quando le leggi sono accettate da tutti, in quanto formulate da tutti coloro che se le auto-impongono¹¹³. Egli dice «un popolo è un popolo» quando adotta un contratto sociale: «una forma di associazione che protegga e difenda con tutta la forza comune la

110 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p.11.

111 Cfr., R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit., p. 60 s.

112 VOLTAIRE, *Candide* (1759).

113 J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (trad. it. di M. GARIN, con introduzione di T. MAGRI, dell'edizione del 1762, Laterza, Roma-Bari, libro II, cap. V, p. 51.

persona e i beni di ciascun associato»¹¹⁴. «Il patto fondamentale, invece di distruggere l'uguaglianza naturale, sostituisce al contrario, un'uguaglianza morale e legittima a quel tanto di disuguaglianza fisica che la natura ha potuto mettere tra gli uomini i quali, potendo per natura trovarsi ad essere diseguali per forza o per ingegno, diventano tutti uguali per convenzione e di diritto»¹¹⁵. «Si pensi ai giusti attacchi rivolti da Cesare Beccaria al sistema penale vigente prima della Rivoluzione Francese, considerato come lo "scolo dei secoli più barbari"»¹¹⁶. «In uno Stato ben governato ci sono poche punizioni, non perché si fanno molte grazie, ma perché vi sono pochi criminali: quando lo Stato è in declino il numero stesso dei delitti assicura la loro impunità»¹¹⁷. D'altronde la «frequenza dei supplizi è sempre segno di debolezza o di pigrizia del governo»¹¹⁸. Per non dire di Sieyès che illustrava la situazione grave nel momento in cui stava per scoppiare la Rivoluzione (1789)¹¹⁹. In estrema sintesi, erano queste le principali critiche degli illuministi all'Antico regime.

Ovviamente Ferrajoli scrive in tempi moderni: nei quali la maggior parte degli Stati sono costituiti da repubbliche. E dove, in Occidente, è stata tentata la famosa divisione dei poteri proposta da Montesquieu, e dove sono stati realizzati progressi enormi nella costruzione degli ordinamenti giuridici moderni, ispirati per lo più alla edificazione dello Stato sociale. Ma ancora ci sono troppi regimi giuridici *illegittimi*.

Forse la differenza maggiore tra la ricostruzione teorica di Ferrajoli, ad esempio, rispetto a quella di Rousseau concerne la differente valutazione del potere legislativo successivo a quello propriamente rivoluzionario (attuato, ad esempio, in Italia con la Costituzione repubblicana del 1948).

Nella Costituzione del 1948 si trova la tutela dei diritti fondamentali, e dunque la legislazione precedente e successiva ha dovuto essere adeguata a suddetti principi; e quando il legislatore non lo ha fatto spontaneamente si è dovuto ricorrere al giudizio della Corte Costituzionale. Tuttavia Ferrajoli nota ancora un divario tra quanto previsto dalle norme della nostra Costituzione (del 1948) e le norme vigenti nello Stato italiano. Molte delle quali, già in passato, sono state dichiarate illegittime; ma Ferrajoli considera il lavoro di aggiustamento ancora incompiuto e sottolinea che il pericolo di nuove violazioni è sempre presente.

Inoltre anche il giudice «per quanto si sforzi di essere obbiettivo è sempre condizionato dalle circostanze ambientali in cui opera, dai suoi sentimenti dalle sue

114 J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., libro I, cap. IV, p. 21.

115 J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., libro I, cap. IV, p. 33.

116 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (I ed. 1764; III ed. 1780), BUR, Milano, II ed., 1994, p. 56.

117 J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., libro II, cap. V, p. 51.

118 J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., libro II, cap. V, p. 51.

119 E. J. SIEYÈS, *Che cos'è il Terzo Stato?*

inclinazioni, dalle sue emozioni, dai suoi valori etico-politici»¹²⁰. E perciò considera semplicistica «l'immagine proposta da Beccaria del giudice come "indifferente ricercatore del vero"»¹²¹. Bisogna tuttavia riconoscere che questo «limite non è proprio solamente dell'indagine giudiziaria. In certa misura è riscontrabile in tutte le forme di conoscenza empirica»¹²². Infatti le circostanze ambientali e personali influenzano l'agire del singolo «senza che egli sia neppure in grado di riconoscere le distorsioni eventualmente operate»¹²³. E purtroppo tale idea vale anche nei confronti di chi propose di effettuare una sorta di "tabula rasa" come suggerita da Bacone¹²⁴.

5.1. Le lacune e le antinomie.

Ovviamente, per il Ferrajoli «l'argomento più interessante assegnato dal paradigma costituzionale alla scienza giuridica» concerne il «divario tra dover essere ed essere *nel diritto*» al fine di «identificare le antinomie e le lacune – in altre parole il *diritto illegittimo* perché invalido o lacunoso ...- e di promuoverne il superamento come condizione di consistenza così del diritto positivo come dei discorsi su di esso»¹²⁵. Tema sviluppato in *Principia iuris* (2007). «Esiste pertanto una circolarità normativa tra diritto e scienza giuridica, tra paradigma costituzionale e teoria del diritto, giuspositivismo e garantismo»¹²⁶. «La teoria così costruita sarà quindi al tempo stesso normativistica e realistica, dato che tali fenomeni sarà in grado di spiegare»¹²⁷.

Ferrajoli distingue, inoltre, tra "esistenza" (o "vigore") e "validità" delle norme¹²⁸; mentre da altri «queste due dimensioni vengono confuse nell'unica figura della "validità", concepita genericamente come "esistenza"». Ad esempio, «Hans Kelsen ... chiama "validità" l'esistenza giuridica delle norme», «con lo strano risultato di» considerarle «"valide fino a quando non vengano rese invalide"»¹²⁹. Tutto ciò preclude «la comprensione e la critica di quel fenomeno centrale nel moderno stato di diritto che è il "diritto invalido" o "illegittimo"»¹³⁰. Con molte e gravi ripercussioni, tra le

120 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 29 s.

121 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 30.

122 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 30.

123 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 30 s.

124 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 31.

125 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 15.

126 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 35.

127 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 15.

128 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 525 s., 580.

129 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 526, 580.

130 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 526.

quali «il misconoscimento delle antinomie e delle lacune interne all'ordinamento»¹³¹. Infatti «le antinomie e le lacune equivalgono ... allo spazio del *diritto illegittimo* aperto, nelle democrazie costituzionali, dalle promesse violate o inattuate contenute nelle costituzioni democratiche»¹³². Spazio che invece «non esiste nei regimi assoluti, nei quali il potere normativo non è condizionato da limiti né da vincoli»¹³³.

5.2. Contro gli abusi dei giudici.

«La principale garanzia contro l'arbitrio è ... la consapevolezza che tutti i titolari di pubblici poteri dovrebbero avere del carattere ... convenzionale, delle loro fonti di legittimazione»¹³⁴. «Per questo, ogni volta che un giudice o un pubblico amministratore commettono un abuso, essi minano la legittimità delle loro funzioni di garanzia e con essa il fondamento stesso della loro indipendenza»¹³⁵. La democrazia costituzionale, con paradosso apparente, «si caratterizza come quello specifico regime giuridico che non consente mai una piena autolegittimazione»¹³⁶.

6. Sulla distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale. Garanzie primarie e Garanzie secondarie.

Per studiare e comprendere gli elementi di base del diritto è d'uso scomporlo in tante discipline per quanti sono i cosiddetti rami del diritto. Ma la prima e fondamentale distinzione (che peraltro non sempre viene ricordata) è invece quella tra il diritto sostanziale e il diritto processuale: tra le materie che compongono il diritto sostanziale (diritto penale, diritto civile, commerciale, amministrativo, tributario, internazionale, del lavoro e della previdenza sociale e poche altre) e le discipline processuali che partono da un minimo di due (diritto processuale penale e civile) per allargarsi di poco come nel caso del processuale amministrativo, tributario, contabile, militare¹³⁷. Questa distinzione di base è quella da cui parte anche

131 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 526.

132 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 912.

133 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 912.

134 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 217.

135 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 217.

136 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 306.

137 Cfr. R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit., p. 54, 58, 328 s., 344, 347; Id. *Sulla essenza del diritto amministrativo e del diritto processuale amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, vol. I, § 4; (ora anche in www.dirittofederici.altervista.org/?p=471)

Ferrajoli con una piccola modifica. Egli rinomina i due settori (diritto sostanziale e diritto processuale) in modo conforme alla sua teoria sul *garantismo*. Sicché si può stabilire una equiparazione tra i diritti sostanziali e quelle che Ferrajoli chiama le *garanzie primarie*; e tra i diritti processuali e le *garanzie secondarie*¹³⁸.

7. Sulla fondazione e sulla importanza assunta da “Magistratura Democratica”.

“Magistratura Democratica” è figlia della contestazione studentesca del Sessantotto e delle culture che la produssero. Il marxismo era la cultura dominante nella sinistra; accanto ad essa era in corso di formazione un'altra dottrina che non contestava tutto il sistema (politico e giuridico) ma solo quello contrario alla nostra Costituzione democratica e repubblicana. Questo orientamento in formazione criticava aspramente la vigenza di tutte quelle norme legislative e regolamentari che dovevano essere considerate incostituzionali. E così nacque il «giuspositivismo critico» ovvero il «garantismo»: eretto «sull'opzione per la Costituzione quale fondamento normativo della Repubblica e rottura della continuità istituzionale con il fascismo»¹³⁹. «“Se non avessimo imparato dal marxismo a vedere la storia dal punto di vista degli oppressi”, aveva scritto Bobbio qualche anno prima in uno dei suoi scritti più belli, “non ci saremmo salvati. O avremmo cercato riparo nell'isola della nostra interiorità privata o ci saremmo messi al servizio dei vecchi padroni”. Anche noi, come magistrati»¹⁴⁰. «Fu così che *diritti costituzionali e scelta di campo a sostegno dei soggetti deboli vennero a saldarsi nella nostra concezione del ruolo del giudice, capovolgendone l'immagine tradizionale: non più solo la conservazione, ma anche la trasformazione in senso costituzionale dell'ordine esistente*»¹⁴¹. E la norma fondamentale del nostro ordinamento fu individuata nel secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione¹⁴²: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. In sostanza, fu l'esito di una visione giuridica «liberalsocialista, costituzionale e antifascista»¹⁴³. «In materia penale, poi, la divaricazione tra Costituzione e codice Rocco era talmente

138 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

139 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 46.

140 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 46 s. Corsivo nostro.

141 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 47. Corsivo nostro.

142 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 47.

143 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 49.

vistosa che la critica al diritto vigente illegittimo si tradusse, nel lavoro di molti di noi, nell'enorme quantità di eccezioni di incostituzionalità con le quali investimmo la Corte costituzionale istituita da poco più che un decennio»¹⁴⁴.

8. Rifondazione della legalità. La metaregola. La soggezione del giudice alla legge costituzionalmente valida.

Il rimedio è la rifondazione della legalità¹⁴⁵, sulla base anche di una metaregola¹⁴⁶, secondo la quale la normatività «è tanto più forte e vincolante quanto più univoco e rigoroso è il linguaggio normativo»¹⁴⁷.

La metaregola è la norma costituzionale che impone la garanzia dei diritti fondamentali. Insomma, il giuspositivismo persegue la tutela dei fondamenti interni (ossia, quelli formali), mentre la garanzia sostanziale si prefigge la tutela dei fondamenti esterni. Insieme, agiscono come una tenaglia. «La dimensione sostanziale della democrazia non è altro, infatti, che la sua dimensione garantista e costituzionale: consiste nelle garanzie dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, cioè in quegli insiemi di limiti e vincoli che disegnano quella che» Ferrajoli ha «chiamato la *sfera del non decidibile* ... e cioè la lesione dei diritti di libertà» e dei diritti sociali¹⁴⁸. Sull'argomento si tornerà nel paragrafo dedicato alla democrazia sostanziale. E come dall'azione di una tenaglia, la congiunzione tra fondamenti interni ed esterni è idonea a strappare tutte le sopraffazioni delle classi più forti su quelle più deboli.

Barberis (dopo aver ricordato che «la funzione originaria del Parlamento inglese era approvare il bilancio»¹⁴⁹) domanda: *Il legislatore democratico, il Parlamento è davvero l'organo più adatto per fare le leggi?*¹⁵⁰. Ferrajoli risponde: «lasciamo perdere, per ora, la selezione penosa della classe politica». «Con le regole attuali le riforme dei codici non andranno mai in porto... Fanno una montagna di lavoro, poi ... il lavoro fatto viene perso e si deve ricominciare da capo»¹⁵¹. Tuttavia «la soggezione del giudice è sì alla legge, ma alla legge in quanto costituzionalmente valida»¹⁵². Dunque «l'unico modo che ha il legislatore per sottoporre il giudice alla propria volontà e di ridurre al

144 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 49.

145 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 22.

146 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 22.

147 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 22.

148 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 127.

149 M. BARBERIS, in *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 23.

150 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 23.

151 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 24.

152 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 54.

massimo la discrezionalità è far bene ... il proprio mestiere»¹⁵³. Infatti la «soggezione alla legge non è meccanica, ma comporta comunque una discrezionalità interpretativa»¹⁵⁴.

9. Diritti di libertà e diritti sociali. Stato liberale minimo e Stato sociale massimo. Le vere misure per prevenire la criminalità (grande e piccola).

I diritti di libertà (come la libertà di pensiero, di parola, di stampa, di associazione) costituiscono il precedente storico dei diritti sociali (quali il diritto all'istruzione, alla salute, alla sussistenza)¹⁵⁵. «L'espansione del paradigma garantista dai classici diritti di libertà ai diritti sociali è un tratto distintivo del costituzionalismo novecentesco europeo»¹⁵⁶. Sono molto differenti, però, le forme di garanzia dei diritti di libertà dalle modalità di garanzia dei diritti sociali.

a) I diritti di libertà vengono garantiti attraverso limiti e vincoli imposti al potere;

b) Mentre i diritti sociali hanno bisogno per la loro tutela di un intervento attivo del potere (dello Stato), come, ad esempio, l'obbligo di fornire questi servizi: istruzione pubblica, sanità pubblica, sussistenza pubblica.

I diritti di libertà impongono dunque allo Stato un passo indietro, cioè divieti di intervento nella sfera delle libertà, a garanzia dell'autodeterminazione individuale. I diritti sociali richiedono invece allo Stato un passo avanti, cioè obblighi di intervento nella vita dei cittadini per garantire loro le corrispondenti prestazioni sociali. Per questo, Ferrajoli parla «di *Stato liberale minimo* e di *Stato sociale massimo*»¹⁵⁷. «Insomma, ai diritti di libertà corrispondono divieti in capo allo Stato: nessuna maggioranza, per quanto schiacciante, può decidere che una persona sia messa a morte, o privata senza processo della libertà personale, o che siano limitate le altre libertà fondamentali. Ai diritti sociali corrispondono invece, in capo alla sfera pubblica, obblighi di prestazione, come la scuola, la sanità e la previdenza: nessuna maggioranza sia essa di destra o di sinistra, può decidere di non fornire a taluno le cure sanitarie e l'istruzione elementare»¹⁵⁸. «È in questa ambivalenza che risiede il

153 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 54.

154 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 54.

155 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 63. Per approfondimenti, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 744 ss.

156 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 63.

157 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 64. Per altri riferimenti, ad esempio, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 20.

158 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 64.

segreto del modello garantista del costituzionalismo»¹⁵⁹. In particolare, nelle Costituzioni rigide¹⁶⁰. Ad esempio in ambito penale, «le garanzie dei diritti sociali» sono «le vere misure in grado di prevenire grande e piccola criminalità» (ben più che la minaccia delle pene)¹⁶¹. «Povertà e mancanza di garanzie di sopravvivenza, al contrario, sono fattori criminogeni che spingono le persone emarginate nelle braccia della criminalità»¹⁶². Di quella criminalità organizzata che noi conosciamo con il nome di mafia e di camorra¹⁶³.

Invero siamo di fronte ad «una politica che si illude e che illude i cittadini». «La prevenzione dei delitti dei poveri» non può avvenire con misure penali. Ci vuole ben altro. Ci vuole l'eliminazione delle cause della povertà con misure economiche e sociali¹⁶⁴. Onde eliminare anche la «manovalanza criminale, reclutata e sfruttata dalle grandi organizzazioni criminali e da esse esposta alla repressione penale»¹⁶⁵.

«I diritti sociali certamente costano, ma costa molto di più la loro mancata soddisfazione». Si pensi a quando «le persone muoiono di fame, di inedia e di malattie, come succede a milioni di persone nell'Africa subsahariana» per «mancanza di istruzione e di minimi vitali»¹⁶⁶. «Le spese nella garanzia dei diritti sociali rappresentano il principale investimento produttivo: non già un costo»¹⁶⁷. Esiste un rapporto di sinergia tra «i diritti politici» che «presuppongono i diritti di libertà, dalla libertà di stampa alle libertà di riunione e di associazione e questi e quelli», che «presuppongono a loro volta i diritti sociali all'istruzione, alla salute e alla sussistenza»¹⁶⁸.

Ad una diminuzione dei reati più efferati, come gli omicidi, corrisponde stranamente un maggior senso di insicurezza sollecitata «da quella fabbrica della paura che è diventata la televisione»¹⁶⁹. Invero lo strumento paura è sempre stato una «risorsa del potere» autoritario come garante dell'ordine e della sicurezza¹⁷⁰. È uno strumento della demagogia penale e della demagogia politica¹⁷¹. Tanto per fare un esempio, il diritto penale in vigore in Italia è «diventato il luogo della massima disuguaglianza, a causa di una sorta di doppio binario: diritto minimo e inefficiente

159 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 64.

160 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65.

161 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65.

162 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65.

163 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 66.

164 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 35 s.

165 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 36.

166 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 75.

167 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 76.

168 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 76.

169 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 32.

170 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 33.

171 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 33.

per i ricchi e potenti; diritto massimo e inflessibile per i poveri e gli emarginati»¹⁷². «È questo lo *spread* più grave dell'Italia rispetto agli altri paesi avanzati: l'enorme peso della corruzione, dell'evasione fiscale, del riciclaggio e del crimine organizzato»¹⁷³.

10. Sulla distinzione tra diritti patrimoniali e diritti fondamentali.

Ferrajoli elabora una distinzione tra diritti patrimoniali e diritti fondamentali nel senso che: «i diritti patrimoniali sono singolari e disponibili, e formano perciò la base della disuguaglianza giuridica; mentre i diritti fondamentali sono universali e indisponibili, e formano la base dell'uguaglianza giuridica»¹⁷⁴.

«I diritti fondamentali ... non a caso ignorati da Kelsen, consistono in situazioni universali stipulate direttamente da norme generali in capo a tutti, e non implicano affatto l'esistenza delle loro garanzie, ma solo l'obbligo di introdurle»¹⁷⁵. Torneremo sul punto, nella parte finale, soprattutto per comprendere meglio il significato attribuito dal Ferrajoli al termine “stipulare”: in che senso può dirsi che sia avvenuta una stipulazione nei casi sopra indicati? Sono diritti fondamentali i “diritti di libertà e di autonomia privata” (e cioè anche i diritti di divenire proprietari e di disporre dei propri beni)¹⁷⁶. Questi perciò sono «spettanti a tutti e in egual misura, essendo immediatamente conferiti da norme generali ed astratte»¹⁷⁷. I diritti patrimoniali sono, invece, i “diritti reali di proprietà su beni determinati” ed anche i “diritti di credito”.

Le garanzie dei diritti patrimoniali sono fornite dai soggetti diversi dai titolari dei suddetti diritti: nel caso del diritto di proprietà, le garanzie sono fornite dai terzi (o dal comportamento rispettoso dei terzi); mentre nei diritti di credito, i garanti sono gli stessi debitori (cioè, coloro che sono la controparte del contratto che ha creato il credito e il corrispettivo debito)¹⁷⁸.

10.1. Le lacune strutturali. Le antinomie.

172 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 35.

173 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 35.

174 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 68.

175 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 70.

176 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 68.

177 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 68.

178 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 70.

«Secondo l'approccio garantista» promosso da Ferrajoli «la mancanza di garanzie deve essere intesa come una *lacuna* strutturale, cioè come un vizio generato da una violazione per omissione che è compito dell'ordinamento correggere e della scienza giuridica rilevare»¹⁷⁹. E il legislatore ha il dovere di colmare queste lacune per attuare i principi costituzionali¹⁸⁰. Altrimenti ci si troverebbe di fronte «alla possibile esistenza del *diritto illegittimo*: che poi è il maggior difetto, ma anche il maggior pregio, del paradigma costituzionale»¹⁸¹. «Le lacune sono un vizio strutturale assai più grave delle antinomie: mentre le antinomie possono essere soppresse dall'annullamento o dalla disapplicazione giurisdizionale della legge invalida, le lacune non possono essere rimate da parte della giurisdizione, che per la separazione dei poteri non può sostituirsi alle leggi mancanti»¹⁸².

In altre parole, le garanzie dei diritti sociali sono attribuite interamente al legislatore e le sue lacune difficilmente possono essere colmate dalle sentenze dei giudici¹⁸³. Tuttavia «la pratica giudiziaria e anche l'innovazione costituzionale hanno escogitato svariate tecniche di superamento di questa aporia»¹⁸⁴. Ne sono esempi le sentenze “additive” o “aggiuntive” o “integrative” o “manipolative” della Corte costituzionale¹⁸⁵. Con le quali la Corte ha talora dichiarato costituzionalmente illegittima una data norma “nella parte in cui non prevede” (in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza) che siano a essa soggette situazioni analoghe (o persone della medesima classe). Tali sentenze hanno prodotto l'effetto di estendere la disciplina ai casi indebitamente esclusi dal legislatore ordinario¹⁸⁶.

10.2. Sulla distinzione tra norme costituzionali e direttive costituzionali.

Le direttive costituzionali (come la direttiva alla piena occupazione, desumibile dagli articoli 1 e 4 della nostra Costituzione) sono formulazioni di valori o di obiettivi per le politiche pubbliche e non già delle prescrizioni o delle proibizioni di condotte determinate¹⁸⁷.

179 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 71.

180 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 71.

181 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 71.

182 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

183 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

184 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

185 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

186 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

187 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 79.

«I principi regolativi ed in particolare i diritti fondamentali, hanno una felice ambivalenza: ... di fronte alle loro violazioni si comportano» (e sono applicabili) come regole, mentre «nell'interpretazione di qualunque legge e della stessa Costituzione si comportano come argomenti»¹⁸⁸. È così tanto per il diritto alla vita quanto per gli altri diritti fondamentali che sono, ad esempio, «i principi retrostanti alle regole che vietano l'omicidio e il furto»¹⁸⁹.

11. Sull'origine dei diritti sociali. In particolare, il diritto alla salute.

L'origine dei diritti sociali è piuttosto recente, soprattutto con riguardo al diritto alla salute. «Non dimentichiamo che fino all'Ottocento la medicina praticamente non esisteva»¹⁹⁰. E la sanità «è decollata alla fine dell'Ottocento. Fino ad un secolo fa, «la vita umana era incomparabilmente più breve, le malattie sostanzialmente incurabili, le condizioni igieniche delle abitazioni pessime, l'alimentazione di base inadeguata. Oggi è diventato possibile, nel bene e nel male, ciò che in passato era impossibile»¹⁹¹. Solo da poco tempo, dunque, sono nati i diritti sociali «come clausole del patto costituzionale di convivenza non meno essenziali dei dei diritti di libertà»¹⁹². E la garanzia dei diritti sociali (così come dei diritti di libertà) «è quindi, prima di tutto, un obbligo costituzionale fine a se stesso» dello Stato. Ciò perché «lo Stato non è una società a fini di lucro. La sua ragione sociale risiede nella garanzia dei diritti stipulati nella sua Costituzione, esattamente come le finalità di lucro definiscono la ragione sociale di una società commerciale»¹⁹³.

«Per i liberisti, solo il mercato produce ricchezza: lo Stato non dovrebbe avere altra funzione che assicurare l'ordine interno ed esterno»¹⁹⁴. «Per il costituzionalismo garantista, invece, il problema non è ... *se* garantire i diritti sociali, ma *come* garantirli meglio»¹⁹⁵. «Grazie alla rigidità delle costituzioni che le stabiliscono nel continente europeo, le garanzie di tali diritti – il servizio sanitario nazionale, la scuola pubblica,

188 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 90.

189 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 90.

190 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 74.

191 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 74.

192 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 74.

193 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 75. Per ulteriori chiarimenti, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 107.

194 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 77.

195 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 78.

le pensioni – non sono più lussi, o scelte di sinistra, o politiche socialiste. Sono obblighi costituzionali»¹⁹⁶.

12. Sul possibile contrasto fra diritti di libertà e diritti sociali. Il caso Ilva di Taranto.

Ad avviso di Ferrajoli, il fatto nefasto dell'impianto siderurgico (Ilva) di Taranto «non è molto diverso dagli innumerevoli illeciti per violazione da parte di un'impresa delle norme antinfortunistiche o contro l'inquinamento»¹⁹⁷. È «un caso esemplare non tanto di conflitto tra diritti, quanto piuttosto di concorso di funzioni diverse, l'una di *governo*, di competenza della politica, l'altra di *garanzia* di competenza della giurisdizione. Alla politica spetta la tutela dell'occupazione»¹⁹⁸. E il bilanciamento degli interessi opposti¹⁹⁹. «Alla giurisdizione spetta invece la garanzia dei diritti lesi e precisamente della salute»²⁰⁰. «Sono i due sensi, l'uno come principio direttivo e l'altro come principio regolativo»²⁰¹.

«Prima che esplodesse lo scandalo, la politica e l'amministrazione – con i loro strumenti di ispezione, come la polizia, gli ispettori del lavoro, le autorità a tutela dell'ambiente – avrebbero dovuto imporre alla proprietà la riparazione e la sostituzione degli impianti e, in generale, tutte le misure necessarie»²⁰². «Non essendoci stata attività di controllo e di prevenzione da parte delle autorità amministrative, l'intervento del giudice è risultato obbligato. Proprio la prospettiva di tale intervento avrebbe dovuto rappresentare, in via preventiva, una ragione in più per imporre con urgenza le misure necessarie»²⁰³.

È così spiegato il motivo per il quale Ferrajoli si differenzia dalle posizioni teoriche dei neo-costituzionalisti e giusrealisti. I quali parlano di conflitti di interessi. In ogni caso, se di conflitto di interessi contrapposti si dovesse trattare veramente, Ferrajoli rileva che lo sarebbero «in misura incomparabilmente inferiore a quanto si compiacciono di drammatizzare neocostituzionalisti e giusrealisti»²⁰⁴.

196 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 78.

197 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 86.

198 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 83.

199 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 86.

200 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 83.

201 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 83.

202 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 84.

203 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 84.

204 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 87.

13. Sul legame tra politica e diritto. La democrazia. La stipulazione dei diritti fondamentali. Le leggi del più debole (critica).

Il diritto è un prodotto della politica²⁰⁵ e come tale può essere: tanto «sommamente ingiusto» (ed essere al servizio della forza, sia essa fisica o economica o politica); quanto sommamente giusto (ossia «svolgere un ruolo esattamente opposto»²⁰⁶ a quello del “sommamente ingiusto”).

«La funzione svolta dal diritto dipende anche dalla cultura giuridica e politica, che teorizza e progetta le sue forme e i suoi contenuti»²⁰⁷.

«La costruzione giuridica della democrazia suppone una specifica potenza della politica, della quale il diritto moderno è un prodotto»²⁰⁸. «Il progetto giuridico democratico dipende quindi, per la sua attuazione, dalla riabilitazione politica dei partiti»²⁰⁹. Le moderne costituzioni «hanno sottoposto la politica» ai diritti fondamentali, «stipulando con i diritti fondamentali ciò che nessuna maggioranza può decidere e ciò che qualunque maggioranza deve decidere»²¹⁰. «Grazie alle costituzioni, insomma, la politica si subordina al diritto, che tuttavia continua ad essere un suo prodotto»²¹¹.

Si è già ricordato che dell'ortodossia marxista Ferrajoli ha sempre trovato inaccettabile «la radicale svalutazione del ruolo del diritto come possibile sistema di limiti e di vincoli e controlli nei confronti dei poteri pubblici e privati»²¹².

Ed è stato anche ricordato in precedenza che per il Ferrajoli, «quella vulgata ... deve essere non solo respinta, ma ribaltata: il diritto positivo è una costruzione integralmente artificiale, e può ben essere costruito, anziché come legge del più forte, riflesso o sovrastruttura della struttura capitalista, come *legge del più debole*, come è avvenuto con le odierne costituzioni rigide»²¹³. «Sono in effetti leggi del più debole ... tutti i diritti fondamentali, costituzionalmente stabiliti»²¹⁴. Ecco è questa una pia illusione.

Tuttavia le sovrastrutture (ossia, la propaganda di ogni classe sociale o partito politico portatore di queste ideologie) possono contrabbandare tale capovolgimento della realtà politica, sociale, economica. Farsi passare per tutori dei più deboli è

205 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

206 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

207 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

208 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 122.

209 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 122.

210 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 122.

211 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 123.

212 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

213 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

214 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

sempre stato l'inganno più diffuso sui quali si sono fondati illustri capipopolo e monarchi. Questa operazione mediatica aiuta la collaborazione spontanea dei cittadini (credere di operare per il bene e per il giusto, rende più malleabili anche gli spiriti più riottosi). È sempre stato importante creare o almeno influenzare la cultura dominante per ottenere la collaborazione degli operatori del diritto: professori, magistrati, avvocati, oltretutto, ovviamente dei singoli individui.

Invero la Storia ci conferma che: i più deboli avrebbero affermato il proprio ordinamento giuridico unicamente quando sarebbero diventati i più forti. Detto capovolgimento delle sorti e del diritto è l'effetto tipico di tutte le rivoluzioni vincenti. Il precedente diritto sarebbe stato abrogato e sostituito con quello stabilito dai nuovi poteri. La Storia lo insegna ampiamente, basta ricordare quanto avvenuto in Francia con l'avvento al potere del Terzo Stato, in Russia nel 1917, in Cina con la nascita della Repubblica popolare nel 1949. Il cristianesimo, da religione degli schiavi e dei deboli, perseguitata dagli imperatori dei primi secoli, è stato poi accolto dalle classi militari al potere e trasformato come principio guida del nuovo diritto romano, dopo Costantino. E ha imposto le sue regole negli ultimi secoli dell'Impero romano d'Occidente e in quello d'Oriente per oltre un millennio. Per poi influenzare i re d'Occidente, ma non i conquistatori musulmani dell'Impero Romano d'Oriente. In tutto questo periodo storico, le religioni aiutavano il potere politico militare e viceversa. L'altare (cristiano e non cristiano) e la spada hanno governato il mondo in alleanza. Poi sono iniziati gli scontri tra i due ambiti, come quando si disputò tra chiesa e impero sulle investiture (sulla nomina dei vescovi). Non è possibile aggiungere altro, per non sconfinare eccessivamente²¹⁵.

13.1. La parte debole nel processo.

Altra questione è quella relativa al garantismo processuale dell'imputato; ossia di chi nel processo è parte debole. Questa è una notevole conquista della civiltà giuridica: rappresenta un aiuto umanitario per l'imputato, perché nella fase processuale, l'imputato è da ritenere parte più debole nei confronti dell'accusa. Infatti come osserva Ferrajoli, le garanzie sono doveri e sanzioni²¹⁶. E «l'opposto del garantismo è il dispotismo giudiziario»²¹⁷.

215 Per fornire qualche aiuto possiamo rinviare alla bibliografia contenuta in altri miei scritti, come le due monografie, già ampiamente citate: *Guerra o diritto?*; e *Rivolte e rivoluzioni*.

216 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 59.

217 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14. «È con riferimento al dispotismo punitivo che il giusnaturalismo illuminista sviluppò le sue battaglie contro l'intolleranza

13.2. Sull'antipolitica e il discredito dei partiti politici.

Per il Ferrajoli «il discredito dei partiti, lo sviluppo dell'antipolitica, del populismo e del qualunquismo» sono «dovuti a due fattori»: il primo, la «percezione, purtroppo fondata, di un ruolo sostanzialmente parassitario della politica rispetto all'economia»²¹⁸. «Politica e diritto si sono assoggettati ai mercati»²¹⁹; ed anche al «malaffare nella gestione della cosa pubblica».

«Si calcola che nel nostro paese siano da 500 mila a un milione le persone che letteralmente vivono di politica. La maggior parte di costoro, come direbbe Weber, non vive *per* la politica, ma solo *di* politica»²²⁰.

Oggi «le elezioni si sono trasformate in concorsi di bellezza, nei quali prevalgono i candidati più simpatici, più inclini alla demagogia e all'istrionismo, con la battuta pronta e magari più aggressiva e volgare»²²¹.

14. Sulle differenze tra il giuspositivismo di Kelsen e quello di Ferrajoli. Sul rapporto tra giustizia e diritto.

La “dottrina pura del diritto” quale elaborata da Kelsen, è un metodo di analisi per rendere visibile la separazione di quanto esiste di giuridico in un sistema culturale. Per Kelsen, non è compito della “dottrina pura del diritto” determinare il contenuto della norma. La *questione giustizia* non concerne il diritto, ma la morale e la politica. Anzi, sempre per Kelsen, è addirittura impossibile determinare il concetto di giustizia²²². Il congegno messo a punto dal Kelsen risponde alla domanda *che cosa e come è il diritto?* E non all'altra: *come deve essere?*²²³. Ed anche per questo motivo, l'idea dell'esistenza di un diritto illegittimo è assai lontana dalle posizioni dell'autore della dottrina pura del diritto²²⁴.

Per Kelsen, la norma non contiene un comando ma un obbligo. L'obbligo di conformarsi al diritto: spontaneamente o coercitivamente. Infatti, la coazione è un elemento essenziale nella dottrina pura del diritto di Kelsen. Tanto che «l'uso della

politica e religiosa e contro l'arbitrio repressivo dell'*ancien régime*» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. XVIII).

218 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 134.

219 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 134.

220 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 134 s.

221 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 136.

222 H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 57 s.

223 H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 47.

224 Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit. vol. I, p. 526, 580.

forza, in genere proibito in quanto delitto, è eccezionalmente permesso come ... sanzione»²²⁵. «Se uno ruba, deve essere punito; se uno non risarcisce un danno, devono aver luogo contro di lui gli atti esecutivi»²²⁶. La norma giuridica è quella che volente o nolente si è costretti a rispettare. Se una norma può essere elusa, non è una vera norma giuridica.

Ferrajoli condivide l'opinione di Kelsen secondo cui il diritto non implica il concetto di giustizia; fa però un passo inatteso. Come già ricordato, Ferrajoli rovescia il discorso ed afferma: *è la giustizia che comprende il diritto: senza diritto non c'è giustizia*²²⁷. *La giustizia ha bisogno del diritto*. Infatti, Ferrajoli è dell'idea che *soltanto il diritto positivo possa garantire l'effettività dei principi di giustizia affermati dal diritto naturale (o giusnaturalismo) con le «tecniche di invalidazione e riparazione»* contro le lacune e le anomalie del diritto illegittimo²²⁸.

L'elaborazione di Ferrajoli, dunque, si distingue nettamente da quella concepita da Kelsen. Non vuol essere un parametro razionale per la misurazione dei diritti positivi (uno strumento di analisi e controllo dei diritti positivi in rapporto con quelli che sono o dovrebbero essere i criteri razionali); ma pretende di essere il metodo di sostituzione del "*diritto illegittimo*" con il diritto legittimo.

Tutto il discorso di Ferrajoli ruota intorno alle garanzie. «La mancanza di ... doveri e delle relative sanzioni, cioè delle garanzie è ... concepita come una lacuna», «giuridicamente indebita ... che la scienza giuridica deve segnalare e il legislatore deve colmare»²²⁹. «I principi della coerenza e della completezza ... impongono al diritto positivo, quali *principia iuris tantum*, la logica», ossia «la rimozione delle ... antinomie e il superamento delle ... lacune»²³⁰. Ferrajoli, per sua stessa ammissione, ha passato una vita nel tentativo di costruire un sistema di concetti giuridici e una rete complessa delle loro relazioni sintattiche confluite (nel 2007) nei *Principia iuris*²³¹. Studio composto da una serie di assunzioni prescrittive, frutto di «definizioni stipulative»²³². In totale si tratta di 16 postulati, 274 definizioni, da cui derivano 1.700 teoremi²³³.

225 H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto* (1944), ed italiana a cura di L. CIAURRO, Giappichelli, Torino, 1990, p.41.

226 H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 192.

227 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

228 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 119.

229 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 59.

230 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 59 s.

231 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 58.

232 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 58.

233 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 58.

15. Sul rapporto fra Democrazia, Diritto e Giustizia.

«Il diritto positivo non implica affatto la democrazia, ben potendo accadere, a causa della separazione giuspositivista tra diritto e giustizia ... che esso sia sommamente ingiusto e antidemocratico»²³⁴. Non occorre ripetere le posizioni della dottrina della filosofia del diritto nel dopo Auschwitz. In ogni caso, per Ferrajoli esiste «un nesso forte tra democrazia e diritto»²³⁵. Così argomenta: «come ci ha insegnato Bobbio, il diritto non implica la giustizia, né tanto meno la democrazia. Inversamente, però, la giustizia, o quanto meno quel sistema di principi e valori che chiamiamo democrazia, implicano il diritto»²³⁶. «La democrazia è infatti un insieme di regole – quelle che Bobbio chiama regole del gioco – che sono appunto regole giuridiche»²³⁷.

Inoltre, ad avviso di Ferrajoli «il nesso fra democrazia e diritto» concerne la «piena corrispondenza tra le strutture degli ordinamenti giuridici e quelle dei corrispondenti sistemi politici ... in particolare, tra le condizioni di validità delle norme giuridiche e quelle di legittimità del potere politico»²³⁸.

In altre parole, si richiede cioè l'assoluta compatibilità delle altre norme con quelle costituzionali, tra l'*essere* legislativo del diritto e il suo *dover essere* costituzionale. Sicché le norme *vigenti* ma sostanzialmente contrarie a Costituzione danno luogo al *diritto illegittimo*, quello cioè destinato ad essere dichiarato incostituzionale²³⁹.

16. Sulla democrazia sostanziale e sulle false democrazie.

La denominazione di “democrazia sostanziale” era stata creata per definire le cosiddette democrazie popolari dei paesi comunisti. Detta accezione di democrazia era stata criticata tanto da Kelsen quanto da Bobbio come false forme di democrazia. Per essi infatti la democrazia è solo quella formale e procedurale. Ferrajoli però ha pensato «di dover riabilitare questo vecchio» nome (seppur squalificato dai suoi usi ideologici), «per designare la grande innovazione introdotta dal costituzionalismo e trascurata da tutte le teorie solamente procedurali della democrazia, a cominciare da quelle di Kelsen e di Bobbio»²⁴⁰. «La dimensione sostanziale della democrazia non è

234 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 13 (nello stesso senso il § 4 dell'Introduzione e il § 15.2).

235 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

236 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

237 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

238 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

239 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

240 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 126.

altro, infatti, che la sua dimensione garantista e costituzionale: consiste nelle garanzie dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, cioè in quegli insiemi di limiti e vincoli che disegnano quella che» Ferrajoli ha «chiamato la *sfera del non decidibile* ... e cioè la lesione dei diritti di libertà»²⁴¹ e dei diritti sociali. Per Ferrajoli, infatti «accanto ... alle norme formali, le costituzioni rigide hanno introdotto, con i diritti fondamentali e gli altri principi di giustizia una dimensione sostanziale della validità delle norme e, di riflesso, della democrazia»²⁴².

Insomma, tra democrazia e diritto egli individua una corrispondenza biunivoca²⁴³.

«Le norme di riconoscimento della democrazia altro non sono che le quattro classi di diritti nelle quali possono distinguersi tutti i diritti fondamentali: i diritti politici, i diritti civili, i diritti di libertà e i diritti sociali, sui quali si fondano altrettante dimensioni della democrazia: la democrazia politica, la democrazia civile, la democrazia liberale (liberaldemocrazia) e la democrazia sociale (o socialdemocrazia)»²⁴⁴. Correlativamente Ferrajoli parla «di un modello quadridimensionale – politico, civile, liberale e sociale - anche del costituzionalismo e del garantismo»²⁴⁵. Il “costituzionalismo” (Ferrajoli lo ribadisce più volte) «equivale a un insieme di vincoli alla democrazia politica, cioè all'onnipotenza delle maggioranze»²⁴⁶. Il «suo modello garantista, tuttavia, rappresenta anche, in ultima analisi, una garanzia»²⁴⁷. Infatti, «il potere politico delle maggioranze può distruggere la democrazia. Non è un'ipotesi di scuola: è quanto avvenuto in Italia e in Germania con il fascismo e il nazismo, che presero il potere con mezzi legali e democratici e con gli stessi mezzi distrussero non solo i diritti di libertà ma anche la democrazia politica»²⁴⁸.

17. Il Costituzionalismo inglese.

«Il costituzionalismo inglese ... ha inventato le libertà fondamentali, la separazione dei poteri e perfino il *welfare*. Tuttavia, proprio per la forza di questa sua tradizione liberale, che lo ha reso immune da avventure di tipo fascista, il sistema di

241 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 127.

242 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 127.

243 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 127.

244 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 127 s.

245 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 128. Per ulteriori conferme, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 934 ss.; e vol. II, p. 18 ss.

246 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 128.

247 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 128.

248 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 128. Per approfondimenti, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p.106 ss.

rule of law ha potuto permettersi di rimanere in gran parte ancorato al vecchio modello giurisdizionale del diritto premoderno, al punto da non aver conosciuto non solo una formale Costituzione scritta, ma neppure le codificazioni»²⁴⁹. E così oggi si può dire che il costituzionalismo inglese soffra di un «ritardo causato dall'anticipazione»²⁵⁰.

Ancora diverso è il costituzionalismo statunitense dove esiste invece «il *judicial review*: ogni giudice ordinario può disapplicare la legge incostituzionale che però resta formalmente in vigore»²⁵¹.

18. L'importanza della motivazione nelle sentenze. Come ridurre l'arbitrio giudiziario? E come aspirare alla certezza del diritto? Il giudice come "bocca della legge". Sul confronto tra il giuspositivismo e il realismo giuridico.

«Dobbiamo essere consapevoli che di ogni questione giuridica sono di solito possibili due soluzioni opposte – quella dell'attore e del convenuto, quella dell'accusa e della difesa, quella del privato e quella della pubblica amministrazione – e che il giudice adotta la soluzione che è in grado di argomentare come la più plausibile»²⁵². È per questo preciso motivo che la motivazione «ha un ruolo decisivo nel fondare la legittimità anche esterna, politica, delle sentenze»²⁵³.

Per il Parlamento (e dunque per la politica) esiste un solo modo: dare il buon esempio nel proprio mestiere di legislatore col «produrre leggi sufficientemente precise e univoche da vincolare effettivamente i giudici alla loro applicazione». E con ciò rifondare «radicalmente la legalità soprattutto penale»²⁵⁴. «Il linguaggio delle leggi è diventato a tal punto oscuro, tortuoso, zeppo di rimandi ... che comprenderne il significato è spesso un'impresa ardua perfino per un giurista »²⁵⁵. «Si aggiunga la degradazione di gran parte della legislazione ad amministrazione, causata dalla proliferazione delle leggi-provvedimento»²⁵⁶. «Altro che la vecchia questione di scuola dei "termini vaghi e valutativi": il nostro legislatore non parla più, sproloquia»²⁵⁷. «Ne consegue un'inevitabile e patologica espansione della

249 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 66.

250 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 66.

251 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 54.

252 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 56.

253 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 56.

254 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19.

255 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19.

256 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 21.

257 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 21.

discrezionalità giudiziaria: davanti a testi così confusi e talora contraddittori, qualunque interpretazione, anche la più cervellotica, diventa possibile»²⁵⁸.

Questa disfunzione del linguaggio giuridico provoca la crisi della certezza del diritto e pone «una pesante ipoteca sulle nostre libertà»²⁵⁹. «La prima garanzia contro l'arbitrio punitivo ... è ... il principio della riserva assoluta di legge: i reati e le pene devono essere tassativamente fissati dalla legge»²⁶⁰. Non dimentichiamo: la classica tesi di Montesquieu secondo cui il giudice deve essere la “bocca della legge”, «fu una formulazione rivoluzionaria»²⁶¹. Fu costruita «dall'illuminismo penale contro il feroce e arbitrario dispotismo dei giudici d'*ancien régime*»²⁶². E poi basta con le leggi speciali: «tutto il diritto penale nei codici, nulla fuori dai codici»²⁶³.

«Il potere giudiziario è sempre un potere-sapere, tanto più legittimo quanto è minore il potere e quanto maggiore è il sapere grazie alle garanzie penali e processuali – prima fra tutte la stretta legalità – che fanno della giurisdizione un'attività sia pure solo tendenzialmente cognitiva»²⁶⁴. Ma quello giudiziario è anche «un potere terribile e odioso», che «diventa assolutamente intollerabile quando è svincolato dalla legge»²⁶⁵.

Tuttavia nella realtà di tutti i giorni, accade che «i giudici creino diritto»²⁶⁶. «In qualche misura quel fatto non può non accadere»²⁶⁷. Infatti «la legittimità del potere giudiziario ... è sempre imperfetta» così come peraltro per tutti gli altri poteri pubblici rispetto alle loro fonti di legittimazione²⁶⁸.

Ferrajoli osserva: «molti nostri colleghi neocostituzionalisti o giusrealisti non si accontenterebbero di questo riconoscimento ... avendo un'idea ben diversa della ponderazione, da essi concepita ... come scelta del principio da applicare a scapito di un altro»²⁶⁹. E conclude: il bilanciamento dei valori se va bene nell'attività legislativa o amministrativa è da escludere per l'attività giurisdizionale²⁷⁰. Diversamente da

258 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 21 s.

259 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19.

260 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19.

261 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19.

262 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19. «Il pensiero illuminista rappresenta sicuramente il momento più alto della storia» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. XVII) «Tuttavia lo schema garantista da esso tramandato, basato sul sillogismo perfetto e del giudice come bocca della legge, ha un'intrinseca debolezza politica» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. XVII).

263 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 20.

264 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 42.

265 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 42 s.

266 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 43.

267 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 43.

268 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 43.

269 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 90.

270 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 91.

quanto avviene nelle «cultura del *common law*, dove la giurisprudenza è fonte di diritto»²⁷¹.

Osserva Barberis: «mi pare che ... la differenza fra il tuo garantismo e la posizione dei giusrealisti genovesi, come il Guastini e il sottoscritto, diventi puramente teorica»²⁷².

Risponde Ferrajoli: «ma anche questo nostro dissenso teorico ha enormi implicazioni pratiche»²⁷³. «Supponiamo che a garanzia del nostro diritto costituzionale alla salute non fosse stato introdotto il servizio sanitario nazionale. Questa sarebbe stata un'omissione, una violazione costituzionale, un servizio al quale, per la separazione dei poteri, sarebbe impossibile rimediare giudizialmente»²⁷⁴. «La separazione dei poteri è un postulato del garantismo. Ma proprio per questo la lacuna va non solo denunciata dalla dottrina giuridica e dal dibattito pubblico, ma anche qualificata dalla teoria del diritto come un'inammissibile inosservanza costituzionale, non rimediabile se non per via legislativa»²⁷⁵.

18.1. La teoria dell'interpretazione come disciplina autonoma della teoria del diritto. Sulla distinzione tra "diritto vigente" e "diritto vivente".

Ferrajoli è dell'idea che la teoria dell'interpretazione vada distinta, come disciplina autonoma, dalla teoria del diritto²⁷⁶. Diversamente da Tarello e dagli altri teorici genovesi, Ferrajoli pensa che l'interpretazione della legge «non possa configurarsi propriamente come un'attività di produzione normativa senza ledere il principio della separazione dei poteri»²⁷⁷.

È proprio per questo motivo che Ferrajoli ha elaborato la distinzione tra "diritto vigente" (interamente prodotto dalla legislazione) e "diritto vivente" (interamente prodotto dalla pratica giuridica e perciò dall'interpretazione)²⁷⁸. Separazione da non confondere con quella tra "esistenza" (o "vigore") e "validità" delle norme²⁷⁹.

271 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 91.

272 M. BARBERIS, in L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 81.

273 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 81.

274 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 82.

275 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 82.

276 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 57.

277 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 57 s.

278 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 57.

279 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 525 s., 580.

19. Il progetto del diritto penale minimo.

Il “diritto penale minimo” è il nome di una teoria costruita da Luigi Ferrajoli «per designare un modello di diritto in grado di vincolare l'intervento punitivo ... a quei limiti rigidi, imposti a tutela della persona, che sono le garanzie penali e processuali»²⁸⁰. Essa era nata «in polemica con le tesi abolizioniste del diritto penale»²⁸¹. Il Garantismo, dunque non è altro che rispetto delle regole (sostanziali e processuali) a favore dei più deboli. I forti, infatti, non hanno proprio bisogno di un soprappiù di garantismo. Vediamo e storicizziamo: il processo è esso stesso un sistema di garanzie. Ma viene in un secondo momento, contro le violazioni del diritto sostanziale²⁸².

Senonché (coniato con questo preciso significato: tutela dei più deboli) il termine “*garantismo*” è stato ripreso e sfigurato dopo i fatti storici legati al fenomeno di Tangentopoli (inizio anni '90 del XX secolo). Ha finito, cioè, «per designare, soprattutto negli usi della destra esattamente l'opposto del paradigma garantista, che è invece un sistema di limiti e vincoli imposti a tutti i poteri, e non solo al potere giudiziario, a garanzia dei diritti fondamentali, e non solo dei diritti di libertà contro l'intervento penale»²⁸³.

«Nato nel terreno penale, il garantismo si presta ... ad essere allargato»²⁸⁴, «anche contro i poteri privati del mercato, indebitamente assimilati dalla tradizione liberale e liberista alle semplici libertà»²⁸⁵. Ampliamento proposto dal Ferrajoli in *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*²⁸⁶.

20. La consegna del mercato della droga al monopolio criminale. Effetti devastanti.

Il «marasma di figure di reato che affollano e paralizzano i nostri tribunali richiederebbe oggi una radicale depenalizzazione»²⁸⁷. «La punizione di un fatto come reato si giustifica solo se è realmente idonea a prevenire danni a diritti o beni fondamentali»²⁸⁸. «Si pensi soprattutto, all'insensata legislazione contro la droga, alle

280 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 13.

281 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 13.

282 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

283 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

284 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

285 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

286 Già citato.

287 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 25.

288 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 25.

cui altissime pene si deve circa un terzo dell'intera popolazione carceraria»²⁸⁹. Nonostante tutte queste condanne, questo sistema non è riuscito a sconfiggere il commercio della droga. Anzi, questa legislazione penale ha consegnato il mercato delle droghe alla criminalità organizzata, che da esso trae formidabili guadagni. Guadagni poi riciclati in attività economiche con gravi ricadute negative sul settore sano del commercio e sulla tenuta delle istituzioni. In altre parole, i maggiori avvantaggiati dal proibizionismo sono proprio le associazioni criminali. Si ripete un fenomeno già conosciuto. «Consegnando il mercato della droga al monopolio criminale, essa favorisce ed alimenta – come il proibizionismo delle bevande alcoliche negli Stati Uniti negli anni Trenta – non solo il grande crimine organizzato, ma anche la criminalità di strada dei tossicodipendenti e dei piccoli spacciatori, che poi sono i soli destinatari della repressione penale»²⁹⁰.

Questa nostra cattiva legislazione penale «ha enormemente accresciuto la disuguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: pene draconiane ed enormi inasprimenti punitivi in caso di recidiva per il piccolo spaccio di droga e per i reati di strada e di sussistenza; depenalizzazioni e prescrizioni brevi per vari reati di corruzione e malaffare, i quali fra l'altro richiedono indagini di solito incomparabilmente più lunghe e complesse»²⁹¹.

In sostanza a sfuggire sono sempre i grandi criminali mentre a cadere nelle maglie della giustizia sono sempre i pesci piccoli. Come se lo Stato si faccia forte con i deboli e debole con i forti.

21. A proposito delle pene detentive e del carcere.

«Il carcere, lo sappiamo, è un'invenzione moderna: una conquista dell'illuminismo, in alternativa alla pena capitale, ai supplizi, alle pene corporali, alla gogna e agli orrori del diritto premoderno»²⁹².

Si è detto sopra che «la punizione di un fatto come reato si giustifica solo se è realmente idonea a prevenire danni a diritti o beni fondamentali»²⁹³. Si deve però ricordare che ai sensi dell'art. 27 della Costituzione la funzione della pena è un'altra: tendere alla rieducazione del condannato.

289 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 26.

290 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 26.

291 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 26.

292 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 27.

293 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 25.

Ferrajoli si muove sulla scia lasciata dal Beccaria: pene lievi ma certe²⁹⁴. E quindi riduzione legislativa delle pene e reclusione solo per i reati più gravi. E trasformazione delle pene meno gravi con gli arresti domiciliari, libertà vigilata, affidamento in prova ai servizi sociali²⁹⁵. Un modo certo per sopperire al sovraffollamento delle carceri e all'utilizzo delle celle solo per il pernottamento (e non fino a ventidue ore; oltretutto in spazi angusti e sovraffollati)²⁹⁶.

22. Sul passaggio dei magistrati inquirenti all'agone politico. Il potere giudiziario come potere terribile e odioso.

Barberis chiede a Ferrajoli che cosa ne pensi della discesa in campo politico di magistrati come Di Pietro, De Magistris e Ingroia²⁹⁷. Ferrajoli auspica «una più rigorosa disciplina della partecipazione dei magistrati alle competizioni politiche»²⁹⁸.

Riflettendo su queste forme di protagonismo, Ferrajoli ricorda di aver già risposto a questa domanda con una serie di proposte al XIX congresso di Magistratura Democratica (2013). In sostanza, egli si appella al costume di sobrietà e riservatezza: così da rifuggire da qualunque forma di popolarità. E non dar luogo neppure al sospetto di una strumentazione politica dell'esercizio della giurisdizione²⁹⁹. Infatti (come scrissero Montesquieu e Condorcet) i giudici e i pubblici ministeri devono essere consapevoli «del carattere “terribile” e “odioso”» del loro potere³⁰⁰.

Molto difficili da attuare sono altre massime come quella del rispetto dell'imputato e dell'esercizio del dubbio nei confronti delle accuse raccolte contro di lui. Come ebbe a dire Cesare Beccaria: si corre il pericolo che il giudice (anziché restare un indifferente ricercatore del vero) si trasformi in nemico del reo con lo sposare le tesi dell'accusa³⁰¹.

23. Sull'impotenza della politica nei confronti dell'economia. Sulla crisi della dimensione garantista. Sulle garanzie dei diritti contro i poteri forti di alcuni privati (banche, assicurazioni, capitale finanziario internazionale, ecc.). I poteri selvaggi.

294 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 28.

295 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 28.

296 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 29.

297 M. BARBERIS, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14.

298 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 17.

299 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 15.

300 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 15.

301 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 16.

«La vecchia Europa dello Stato sociale e interventista nell'economia» si è trasformata in dominio delle leggi di mercato che «in quanto tale esige la neutralizzazione della politica e la sua trasformazione in tecnocrazia»³⁰². All'impotenza «della politica nei confronti dell'economia» a livello europeo ha fatto riscontro una «insofferenza per i limiti e i vincoli imposti dai diritti costituzionalmente stipulati ma sempre più assenti dall'orizzonte delle politiche del governo»³⁰³. «Si spiega così la crisi della dimensione sostanziale, garantista, e costituzionale della democrazia»³⁰⁴.

La mancanza di limiti giuridici ai grandi poteri economici della finanza e del capitalismo globale fa sì che si possa parlare di «poteri illimitati e selvaggi» di coloro che dispongono di questi mezzi economici e finanziari in grado di soffocare i diritti dei comuni cittadini³⁰⁵. L'unica ponderazione giudiziaria ammessa da Ferrajoli è quella equitativa. Essa non riguarda le norme, ma le circostanze specifiche che rende ogni fattispecie diversa dalle altre³⁰⁶. L'argomento, qui solo accennato, viene approfondito in altro studio³⁰⁷.

Si può solo auspicare che le garanzie dei diritti fondamentali oltre che «negli ordinamenti e nelle convenzioni dei singoli Stati» trovino sempre più effettività nei trattati e nelle convenzioni internazionali, come ad esempio: *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (1948) e *La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (1950)³⁰⁸. Ma questo, purtroppo, è ancora un capitolo aperto e sanguinante.

24. Conclusioni.

Il paradigma garantista, edificato dal professor Luigi Ferrajoli, è un modello giuridico coraggioso: ispirato ad un alto senso di giustizia sociale, e supportato da una corrente innovatrice del potere giudiziario (Magistratura Democratica).

Abbiamo esposto fin qui le principali tesi e le argomentazioni del Ferrajoli, desumibili dal volume *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Dopo i primi paragrafi introduttivi, non sono intervenuto con mie considerazioni personali, per non disturbare il

302 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 132.

303 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 133.

304 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 133.

305 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 69.

306 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 88.

307 L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia*, cit.

308 Cfr., anche, L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 65 s.

lettore e soprattutto per sommo rispetto per l'elaborazione teorica del professor Ferrajoli. Salvo un caso.

In queste conclusioni, in qualche misura, pochissimi aspetti vorrei discutere con il professor Ferrajoli, ma solo dopo aver ribadito il concetto che le garanzie, per Ferrajoli, sono doveri e sanzioni³⁰⁹. Ed aver riaffermato che per questo preciso motivo la sua teoria vien denominata “*Garantismo giuridico*”, per indicare, cioè, le tecniche di tutela dei *diritti fondamentali*. Con più precisione: i *diritti di libertà* sono garantiti dai *divieti* (di lesione); mentre i *diritti sociali* vanno protetti dagli *obblighi* (di prestazione in capo ai pubblici poteri)³¹⁰.

Ma è meglio concludere con la applicazione della frase formulata da Benedetto Croce nei confronti di Carl Marx³¹¹. Parafrasando Benedetto Croce, si potrebbe dire: il filosofo del diritto Luigi Ferrajoli non aspira, semplicemente, a conoscere il mondo del diritto; ma con il suo garantismo costituzionale, vuole “cambiarlo” con il tutelare al meglio i diritti fondamentali.

Ora aggiungo, non sarebbe il caso di estendere questa formula a chi vorrebbe credere in un mondo migliore e in classi sociali meno predatrici nei confronti dell’ambiente naturale?

Non si potrebbe pensare a dare maggior forza alle istanze degli ambientalisti con il favorire l’espansione di un nuovo diritto, che dalle ceneri del vecchio “diritto illegittimo” riprenda un discorso consapevole e rispettoso dell’ambiente naturale e contro i poteri selvaggi. Dopo i disastri ambientali dell’ultimo secolo, per tentare di recuperare il tempo perduto, come si è fatto già nel mondo del diritto dopo le persecuzioni razziali condannate dal tribunale internazionale di Norimberga? Ricordo che la mancanza di limiti giuridici (ai grandi poteri economici della finanza e del capitalismo globale) fa sì che si possa parlare di «poteri illimitati e selvaggi» di coloro che dispongono dei mezzi economici e finanziari in grado di soffocare i diritti dei comuni cittadini³¹² anche nei confronti di un ambiente sano.

309 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 59.

310 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 195.

311 B. CROCE, *Come nacque e come morì il marxismo teorico in Italia (1895-1900). Da lettere e ricordi personali* (1937), in *Materialismo storico*, decima edizione, 1961, Laterza, Bari, p. 282.

312 L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 69.