

Per una teoria generale dei diritti

Eligio Resta

Soltanto per un apparente paradosso il laicismo della teoria jheringiana è stato interpretato in chiave di riduzione economicistica. Tanto il concetto di *interesse* quanto, soprattutto, il concetto di *lotta*, segnano una grande svolta semantica nella teoria dei diritti, per cui non è un puro automatismo economico, né una paternalistica concessione del sovrano a determinare il destino dei diritti. Esso è consegnato ad un senso vitale della lotta per l'autoaffermazione dei soggetti sociali. Il complesso sistema di diritti di cittadinanza, dapprima soltanto civile e polica, più tardi soprattutto sociale, trova una giustificazione esplicita nell'idea fondamentale di una reciprocità positiva del diritto. Il mio diritto pretende rispetto perché vengano rispettati i diritti degli altri e viceversa. Jhering (1872) parlava della *Lotta per il diritto* come di un «dovere della persona verso se stessa» e nello stesso tempo verso la «comunità».

È un singolare «amor di sé» a definire il riconoscimento dei diritti degli altri, non dettato (hobbesianamente) dall'angoscia e dalla paura della «guerra», ma da un insospettato entusiasmo per le forme comunitarie.

La lotta per l'affermazione del diritto trova la sua ragione nella simmetria tra sé e l'altro, riconoscere i diritti altrui significa proprio per questo avere la possibilità di veder riconosciuti i propri.

E «lotta» indica un impegno duraturo e continuo per l'affermazione e poi la realizzazione e il mantenimento dei diritti, quanto un compito non delegato alla forza dei singoli soggetti, ma collettivamente diffuso: un compito di «tutti»

* Note su L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari, Laterza, 1990², pp. 1034.

per la realizzazione dei diritti di «ognuno», come stabiliva già l'art. 23 della Costituzione francese del 1793.

Chi volesse trovare una definizione efficace del garantismo dovrebbe scavare in quella tradizione per cui la teoria dei diritti si fonda su un complesso sistema di forme, di regole, ma soprattutto di azioni sociali a dimensione collettiva e quotidiana tendenti a realizzare positivamente garanzie e a verificare costantemente l'uso dei pubblici poteri.

Mi sembra significativo che oggi il dibattito sui diritti riparta da quella cultura laica che pensa il sistema delle garanzie come il luogo di un conflittualismo non paralizzante e comunque non ingenuamente pacificato, in cui gli attori sono molti e tutti interdipendenti.

Quella tradizione offre il vantaggio di una lettura dei diritti non «ossessionata dall'idea della sovranità», secondo l'espressione di M. Foucault, e nello stesso tempo non chiusa dentro lo schema rigido dell'equivalenza diritti-potere; non ossessionata dalla sovranità vuol dire che la vita dei diritti non viene fatta dipendere esclusivamente da questo motore immobile, da un luogo centrale della società, rappresentato dal sovrano. D'altro canto in quella tradizione viene meno anche un'equivalenza troppo meccanica tra diritti e poteri che consegna, tautologicamente, l'attuazione dei diritti alla capacità di realizzarli soprattutto contro qualcuno o qualcosa.

Come è noto nella cultura giuridica di questi anni sono presenti tanto un atteggiamento ingenuamente troppo formalistico quanto un atteggiamento troppo realistico, troppo parametrico il primo, troppo strategico il secondo. Quello che sarebbe importante riconquistare contro simili riduzioni è un'immagine dei diritti consegnata alla vita quotidiana e inserita dentro un gioco di reciprocità positive in cui giocatori sono tutti e con la massima eguaglianza delle posizioni.

Se questo è il problema di fondo di una «cultura del garantismo» la sua «teoria generale» è molto più difficile da individuare e da descrivere. Quando «garantismo» non viene assunto come pura formula rituale o non viene inteso, come pure avviene, in una pura dimensione opportunistica, finisce per coincidere con una complessa *teoria generale dei diritti*, con tutte le implicazioni che essa comporta.

Non sono per nulla frequenti, e non sempre da ricordare, i tentativi di una teoria generale dei diritti nella letteratura contemporanea; né è sempre felice il passaggio da una teoria generale del diritto a una teoria generale dei diritti.

Da pochissimi libri e da altrettanto pochi autori c'è da aspettarsi tutto questo e non soltanto perché il tema è complicato o, come si dice, perché da qualche tempo è ormai condivisa la «crisi delle grandi narrazioni», crisi che se pure ha qualche ragione, ha spesso funzionato da meccanismo consolatorio per l'intera cultura giuridico-politica.

Risiede in questo il motivo del mio entusiasmo per il libro di Luigi Ferrajoli dal titolo *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1990², pp. 1034, che, pur muovendosi con estremo rigore concettuale su una complessa rete di «categorie» giuridico politiche, parla del garantismo come di qualcosa di vitale, che ha bisogno di riscontri effettivi, continui e che è appunto una dimensione quotidiana di azioni condivise che hanno a che fare con qualcosa come la democrazia.

Ha ragione N. Bobbio quando nell'introduzione a questo libro scrive che la posta in gioco è molto alta: una teoria generale del garantismo - o una teoria generale dei diritti - ha a che fare non semplicemente con quel po' di illuminismo che ci rimane, ma con il senso stesso dello stato di diritto o con le regole essenziali della democrazia.

D'altro canto, chi ha seguito le vicende della cultura giuridica e in particolare di quella penalistica degli ultimi decenni, sa bene che le scelte garantistiche si sono fondate piuttosto su opzioni ideologiche che non su un sistema di sapere e che molti dei tentativi di politica del diritto penale rimanevano legati, nel migliore dei casi, ad una ambigua teoria del «bene giuridico» penalmente tutelabile. Il ricorso alla politica penale, anche nella sinistra, ha spesso svolto il ruolo di compensazione di interessi strategici. Prima dell'esempio recente degli anni dell'emergenza, bisognerebbe ricordare la politica ambientalista (il caso Seveso) che finiva per render centrale la scelta penale a tutela di un bene giuridico collettivo, elevando cioè la politica penale a «politica» e, soprattutto, limitandosi a quella. Si è rimasti con un pugno di mosche in mano oscillando da scelte celatamente repressive a un abolizionismo spesso ingenuo che sceglie la «disciplina» in nome della critica della disciplina.

La nostra è forse una generazione di «illuministi delusi» che di fronte al fallimento quotidiano del garantismo ha finito per autoconfermare un atteggiamento decisionistico, grazie al quale la «debolezza» di qualsiasi fondamento,

anche del più generoso, del più giusto, lascia spazio soltanto al caso e non, come si dice, alla legge.

Tutto ciò può aiutarci a capire perché quella lotta per i diritti, già a partire dalla cultura sociale prima ancora che dalla cultura giuridica, è rimasta battaglia di minoranza che non è diventata mai tema politico dominante; stile, prima che oggetto, della comunicazione politica.

È qui uno dei tanti meriti del libro di Ferrajoli: il garantismo viene visto nello stesso tempo come sistema di regole, come cultura politica e come insieme di pratiche effettive, capaci di confermare o negare i principi.

Garantismo, dunque, in un'accezione molto larga sta ad indicare un sistema di diritti presi sul serio e non formalismo ingenuo; il suo contrario sarebbe tanto il deficit di legalità quanto il suo volto più moderno che corrisponde alle diverse forme di «legalismo etico». Ed è l'analisi del linguaggio che aiuta a distinguere, a scorporare, a delimitare i significati, come nel caso della differenza tra sistemi di stretta e di mera legalità, o come nel caso dello stesso concetto di garantismo. A questo proposito Ferrajoli individua tre percorsi di ricerca, separati ma complementari, che attraversano il garantismo e che qui mi limiterò a descrivere perché costituiscono la convincente cornice dentro la quale avviare un dibattito sui diritti.

Il primo percorso ricostruisce un modello normativo di diritto ispirato alla stretta (e non mera) legalità e al potere minimo tendente alla riduzione e al contenimento della violenza. I due aspetti sono in maniera decisiva collegati e interdipendenti, perché la capacità del sistema giuridico di differenziarsi dalla vendetta e dalla violenza sta nella rigida definizione della sua legalità. Nel linguaggio di R. Girard si potrebbe parlare della legalità come di un gioco molto delicato di antidoti della violenza (*pharmakon*), pronta a trasformarsi nel suo contrario se non rispetta le sue stesse regole.

Stretta legalità significa che non basta la semplice previsione legislativa a definire il reato e la pena (mera legalità), ma che la stessa legge deve rispondere a tutte le altre garanzie che Ferrajoli determina nei dieci assiomi del sistema garantista (SG). Mentre i primi due assiomi individuano la mera legalità (*nulla poena, nullum crimen sine lege*) gli altri otto assiomi definiscono la stretta legalità (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Il sistema garantistico è dato dall'incrocio

complesso dei principi assiomatizzati, col risultato che mentre in un sistema di mera legalità l'esistenza della legge è il criterio condizionante, nella stretta legalità è la legge stessa ad essere condizionata. Non bastano la semplice previsione e la forma «procedurale», ma occorrono criteri di legittimità e di effettività delle proposizioni legislative, in quanto regole dirette al contenimento del potere dispositivo. Anche dal punto di vista dell'evoluzione storica questa differenziazione è emersa molto tardi. Mentre la mera legalità, qui ha ragione I. Mereu, ha origini medievali, la stretta legalità viene fatta risalire da Ferrajoli al pensiero illuministico, il solo che propone i meccanismi punitivi come rivolti al contenimento dell'arbitrio e della dispositività, appunto come «diritto» penale. Ed è a questa matrice illuministica che bisogna guardare per comprendere anche le «difficoltà» del modello garantista.

Il secondo percorso seguito da L. Ferrajoli è forse quello più sociologico, come si direbbe con una terminologia un po' accademica.

Il sistema garantistico è un insieme di diritti a complessità elevata che si svolge attraverso differenti sistemi (legislativo, giudiziario, amministrativo, comunitario ecc.) e che vive tanto di regole quanto di pratiche. Per questo una teoria dei diritti non può che assumere questa correlazione tra regole e pratiche come centrale e scavare quindi nelle differenze tra pura esistenza e validità delle norme per costituirsi misure di valutazione dello scarto tra una norma e la sua effettività. Per una simile teoria tanto il normativismo quanto il realismo sono insufficienti per fornire una teoria adeguata essendo, nella loro separazione, eccessive riduzioni della complessità, come si direbbe con altro linguaggio.

Il terzo sentiero disegnato da Ferrajoli è quello del garantismo inteso come una filosofia politica che presuppone costantemente una separazione «laica» tra diritto e morale. Separazione da difendere contro l'autoritarismo di ogni «stato etico» e contro il «sostanzialismo» di ogni regola giuridica che sovraccarichi il sistema del diritto di un'eccedenza dei fini sui mezzi. In questo caso il garantismo fa da metro di differenza tra stato democratico e stato autoritario il quale ha spesso fatto ricorso all'uso legislativo di «clausole generali» per reintrodurre sotto la forma della legalità apparente il proprio finalismo e la propria eticità. Le ricerche ormai classiche di F. Neumann e di O. Kirchheimer sono ricche di esempi di simili politiche legislative frequenti nel diritto

penale, quanto nel diritto dell'economia. Basterebbe per questo ricordare, come indica Ferrajoli, l'intera fascia dei reati contro la sfera pubblica (ordine, moralità, economia ecc.) dove più scopertamente la qualificazione giuridica presta il fianco a modelli autoritari. La mancata separazione tra diritto e morale finisce immancabilmente per produrre istituzionalmente squilibri nella differenziazione delle funzioni tra legislazione e giurisdizione costretta a rinunciare al proprio ruolo cognitivo perché sovraccaricata, come è noto, di compiti decisionali diretti al perseguimento di fini politici. Si tratta ancora una volta della reintroduzione di poteri ad alto contenuto dispositivo, del tutto antagonisti rispetto al modello garantistico del «potere minimo».

Percorsi, come si vede, separati, ma strettamente legati fra loro, che una teoria del garantismo deve tener presenti forse rinunciando a troppo rigide, e inadeguate, partizioni disciplinari.

Un sistema normativo costruito sul principio della stretta legalità rimane modello astratto di garantismo se non realizza condizioni di effettività del potere minimo e di autoregolazione delle differenze interne; la separazione di diritto e morale, il suo «laicismo», passano anche attraverso il controllo delle differenziazioni interne tra legislazione, giurisdizione e amministrazione che sono momenti diversi, ma egualmente significativi, della «lotta per i diritti» e non della pre-potenza dei poteri. Non so se sullo sfondo di questa lettura è da collocare il modello hobbesiano di una sovranità ridotta a «regolazione» di una *machina*, in cui conta la consapevolezza del diritto e della politica come di complesse *artificial reasons*; del resto Hobbes è un autore di Ferrajoli che del convenzionalismo giuridico moderno fa il suo punto di riferimento centrale. È questo aspetto «razionalistico» della modernità che, mi sembra, Ferrajoli considera incompiuto ma sempre decisamente problematico. A partire dallo stesso titolo del libro viene richiamato il tema illuministico del rapporto tra diritto e ragione che, non a caso, proprio nella teoria della penalità ha trovato le sue riflessioni più significative. Di quel rapporto tra diritto penale e ragione Ferrajoli individua tre sensi diversi. Il primo riguarda la ragione *nel* diritto penale, dove la contrapposizione non è soltanto tra due modelli, ma tra due epistemologie antagonistiche: quella garantista e quella inquisitoria. Quella garantista è costruita sulla rigida distinzione tra il *convenzionalismo* della legislazione e il *cognitivismo* della giurisdizione. All'*auctoritas* della

legislazione si contrappone la *veritas* del giudizio, condizionata a quella legittimazione del «sapere-potere» del giudice che soltanto una rigorosa, e non inquisitoria, verifica processuale, può giustificare. A fornire l'architettura dell'epistemologia garantista sono i dieci principi definiti dagli assiomi indicati da Ferrajoli (retributività, legalità, necessità, offensività, materialità, colpevolezza, giurisdizionalità, accusa, onere della prova, difesa). Principi che fungono da struttura del sistema garantista soltanto quando si presuppongono e si attuano a vicenda, tanto nel momento legislativo quanto in quello giurisdizionale.

Il secondo senso indica invece le ragioni *del* diritto penale; e qui vengono in considerazione «giustificazioni» e ideologie che hanno accompagnato i dibattiti sulla penalità. A far da punto di riferimento è il modello illuministico che giunge ad una netta separazione tra diritto e morale; più che «fondamento» del diritto penale moderno, tale separazione si presenta come un dispositivo di funzionamento, una clausola di contenimento dell'arbitrio. Una volta tradito questo modello ad opera delle diverse concezioni «etiche» del reato, la proibizione giuridica diventa incontrollabile e le figure del reato finiscono per coincidere con le differenti forme di «peccato». Come in ogni questione del genere l'elemento volontaristico diventa il criterio di valutazione, lasciando spazio al più autoritario (perché incontrollabile) giudizio. Il diritto penale della volontà è stato, anche storicamente, la forma più inquisitoria di diritto penale. Al contrario proprio la separazione tra diritto e morale è la via che la ragione illuministica aveva costruito per realizzare «poteri minimi» che garantissero tanto dalla violenza della trasgressione, quanto da quella della repressione. Diritto penale, dunque, giustificato soltanto se, e come, diritto del più debole.

Non tutte le proibizioni, né tutti i giudizi, né tutte le punizioni sono dunque possibili e consentiti. Un sistema garantista può giustificare quelle ragioni *di* diritto penale (ed è il terzo senso) soltanto quando siano orientate a ridurre fortemente gli arbitri definitivi ed applicativi e si indirizzino alla penalizzazione minima di eventi giuridicamente qualificati (e non sulla base di valutazioni della personalità del trasgressore).

È in questa parte che Ferrajoli mostra come la storia delle proibizioni e quella delle punizioni (e, a un metalivello, quelle teorie che ne sono seguite) si debba leggere come una

singolare storia di successi ed insuccessi della democrazia e dello stato di diritto.

Storia di modelli, di teorie, ma anche di pratiche effettive, di meccanismi sociali che rivendicano una loro autonomia, ma senza i quali nessuna storia della dogmatica giuridica può avere senso. È con un simile occhio analitico che Ferrajoli ricostruisce la «fenomenologia» del diritto penale, all'interno della quale ha uno spazio centrale la «microfisica» delle tante ineffettività delle garanzie e dei diritti negati. Si tratta di un lavoro puntuale che scava nella distanza creatasi tra Costituzione e Codici, tra giurisdizione e amministrazione, tra modelli e pratiche per cui uno dei risultati più evidenti oggi è la creazione all'interno del sistema penale di sottosistemi particolari (come il sotto-sistema carcerario, il sotto-sistema amministrativo, il sotto-sistema di polizia) che vedono aumentare vistosamente la propria autonomia vanificando così il principio di stretta legalità che risulta, ricorda Ferrajoli, dall'articolazione complessiva dei criteri assiomatici che forniscono la cornice regolativa di ogni diritto penale «minimo».

Ferrajoli fa opportunamente l'esempio del rafforzamento del sottosistema penale di polizia che nell'ultimo ventennio ha visto concentrare tutti gli sforzi intorno al perseguimento dei reati di pericolo, alla previsione di misure di sicurezza e di prevenzione, alla comminazione di pene detentive anticipate. Il criterio ispiratore sarebbe stato un «sostanzialismo» orientato quasi esclusivamente alla difesa sociale piuttosto che al sistema garantista. E qui si rivela il codice ideologico del sistema penale che rielabora al suo interno la differenza tra garantismo e difesa sociale, vanificandone l'unità e dichiarando nei fatti incompatibile la difesa sociale *in quanto* garantismo. La capacità «illuministica» di stabilire differenza tra diritto e vendetta sta nel definire nelle garanzie la migliore difesa sociale. Del resto una difesa sociale può del tutto fare a meno, oltre che delle garanzie, di qualsiasi diritto, come ha dimostrato R. Girard nel libro su *La violenza e il sacro* e come la storia dei sistemi penali mostra costantemente. Il diritto penale tornerebbe ad essere scopertamente un sistema di pene arbitrarie e una duplicazione mimetica della vendetta. Sulla natura di tale raddoppiamento rimangono esemplari le pagine di H. Kelsen su *L'anima e il diritto* che individua in ogni sistema giuridico il tentativo di differenziazione rispetto alla *physis*, nel nostro caso rispetto alla vendetta. Differenziazione difficile, che spesso i «tempi inquieti»

(C. Schmitt) pongono in crisi, ma che costituisce l'unico senso possibile di una «ragione» del diritto, la più artificiale e la più «convenzionale», contrattuale, essa sia.

Ferrajoli ricostruisce i nostri «tempi inquieti» in cui la legalità penale ha visto arretrare il rispetto dei principi garantistici e immancabilmente aumentare i poteri dispositivi. Se questa è storia nota, la ricostruzione che viene proposta è tra le più incisive dal punto di vista teorico. Alla prova di *hard cases* quali la criminalità politica e la criminalità mafiosa in cui i motivi della difesa sociale sono più insistenti, il sistema garantistico, messo alla prova, indica criteri di riferimento convincenti. Ma è incisiva anche per chi voglia ripensare quella singolare vicenda per cui, nel bene e nel male, questa fase tormentata della storia dell'ultimo trentennio trova testimonianza più nella memoria del diritto che della politica.

L'attenzione per le vicende, per i fatti, per una dimensione effettiva che i sistemi di regole vanno assumendo quando diventano azioni, comportamenti sociali, non mi sembra né episodica, né soltanto una preoccupazione soggettiva dell'autore. Questo aspetto mi sembra che debba essere sottolineato: una teoria generale del garantismo, una teoria generale dei diritti, o, se si vuole, una teoria che possa fondare una lotta per i diritti, o è una teoria dell'effettività o assomiglia a tutte le altre. Come dire, o conferisce pari dignità alle regole tanto quanto alle pratiche, o non è nulla; è il già visto del normativismo o è il già vissuto del realismo. Una teoria del garantismo è insieme una teoria delle regole e una teoria delle pratiche, o per lo meno si sforza di esserlo. Non è certamente una grande scoperta, ma è un primo tentativo serio di guardare al garantismo come a una dimensione mai conclusa, né tanto meno consegnata esclusivamente alla migliore delle proposizioni normative.

Rispetto alle teorie esistenti, il normativismo da una parte e il realismo dall'altra, questa teoria lavora assumendo come problema l'eccessiva riduzione della complessità che simili teorie, isolatamente, finiscono per produrre. Tornando al linguaggio di Hume, un altro autore di Ferrajoli, il problema che una teoria del garantismo deve assumere per sé, è quello di non incorrere nella «fallacia normativa» da una parte, per cui basta la semplice previsione normativa a realizzare diritti (identificazione dell'*is* nell'*ought*, e nella fallacia realistica o naturalistica per cui è il dover essere la variabile dipendente dall'essere. Un esempio del primo tipo potrebbe essere questo: dal momento che il furto è un comporta-

mento proibito da una legge, rafforzata peraltro da una sanzione, non ci sono furti; o, meglio, un diritto ad un giusto processo si realizza per il fatto che in Italia è stato finalmente riformato il processo penale. E si potrebbe continuare pensando alla previsione costituzionale della presunzione d'innocenza fino alla sentenza definitiva e ad ogni altra garanzia. Mi sembra peraltro che oggi, più esposti al tranello di una simile «fallacia», siano proprio quei movimenti, i più generosi, che parlano dei diritti, ma fermandosi a richiedere giuridificazioni a livelli sempre superiori, come le «carte» dei vari diritti, a fronte della continua violazione di diritti già esistenti. E forse, a questo proposito, si dovrebbe riparlare di alcuni movimenti pacifisti, ma qui il discorso si fa ovviamente più complesso.

Un esempio del secondo tipo potrebbe invece essere quello per cui, dal momento che in Italia in un anno si verificano circa novantacinque mila denunce di furti, la norma che proibisce il furto è, di fatto, abolita; o, meglio, dal momento che nel sistema penale italiano la maggior parte delle pene era, fino a poco tempo fa, anticipata, la regola della presunzione d'innocenza era ormai abolita.

Il garantismo ha bisogno quindi di una teoria che non separi ma riunifichi i due diversi punti di vista delle norme e della loro effettività concreta; separazione che, come Kelsen ha ostinatamente ripetuto, aveva bisogno di generare, in modo del tutto «auto-referenziale», una divisione del lavoro tra studiosi della validità, legalità, della legittimazione di sistemi normativi e studiosi dei fatti, tra filosofi e sociologi e così via. Porre la questione dei diritti significa, tra l'altro, ridiscutere vacillanti statuti scientifici che continuano a vivere su precisi misconoscimenti. Tema questo consegnato ai dibattiti ricchissimi e sempre istruttivi su *Ideologie und Recht* e ormai troppo disinvoltamente trascurati. Porre il problema di una teoria del garantismo porta necessariamente a fare i conti con alcune categorie della teoria generale del diritto. Vi è sicuramente il modo di lavorare dell'autore che, ha scritto U. Scarpelli in una recensione recente, riesce a far emergere un'anima «liberale» tenendo insieme impegno civile e teoria analitica. Le virtù indiscutibili dell'autore contano ovviamente molto, ma non sono da trascurare nemmeno le grandi prospettive che un tema del genere obiettivamente ci porta a svelare. Non so quindi se basti accontentarsi della formula «gius-positivismo critico» che è stata attribuita all'impostazione di Ferrajoli o se invece non si debba cercare qualche risposta

nella complessità delle operazioni logiche proposte intorno a questa teoria generale dei diritti. Le dodici questioni che costituiscono la trama principale del libro, «se, perché, quando, come» «proibire, giudicare, punire» mettono in campo tutto quello che le letture dogmatiche hanno semplificato e ripropongono tutti i problemi che i sistemi di regole giuridiche e la loro realizzazione, insieme e, nello stesso momento, pongono in maniera fondamentale, continuamente rimandando la legittimazione giuridica interna alla giustificazione politica esterna.

Viene meno così un'altra delle categorie che la cultura giuridica contemporanea ha acquisito un po' troppo acriticamente: penso alla distinzione hartiana tra punto di vista interno e punto di vista esterno al diritto che, sia pure indirettamente, una teoria dei diritti deve porre in discussione. Se infatti la legalità di un sistema giuridico, nonostante tutti i paradossali tentativi di chiudersi nell'autoreferenzialità - come Luhmann ci ha mostrato - deve sempre fare i conti col carattere convenzionale del potere, sia pure il più artificiale, di proibire, di definire le regole del *dicere jus*, di delimitare le sanzioni, la «dispositività» (o l'arbitrio) si sposta soltanto, come si dice, nel momento morfogenetico. Il potere, cioè, torna massimo e le garanzie si attenuano in maniera inversamente proporzionale alla crescita dell'arbitrio decisionale anche della legislazione. In altri termini, se è da mettere in discussione ogni confusione (anche post-moderna) tra diritto e morale, è nello stesso tempo da criticare quella versione «dispotica» dell'autonomia del politico che, proprio attraverso i sistemi penali, si va spesso riaffacciando.

Il suggerimento di Ferrajoli mi sembra molto chiaro: il limite dell'autonomia dispositiva sta in quell'obbligo della giustificazione «politica» delle scelte giuridiche che devono rispondere a *principles* di carattere positivo che le costituzioni moderne indicano nel carattere fondamentale dei diritti dei cittadini nell'uguaglianza (attraverso le differenze) nella tolleranza. Come si vede, principi che sembrerebbero chiudere il cerchio e fornire la chiave di ingresso nel linguaggio del sistema del diritto.

Alla possibile critica (da «pensiero debole») circa l'*infondatezza* di questi principi, o nuovi diritti naturali, Ferrajoli risponde che uno dei meriti della modernità è quello di aver «positivizzato» quei principi, ma che, peraltro, la lotta per la realizzazione di quei diritti è tutt'altro che compiuta, evitando per sé tanti argomenti dettati dalla

fallacia normativistica, quanto quelli dettati dalla fallacia naturalistica.

Proprio la continua tensione tra punto di vista interno e punto di vista esterno, o tra legittimazione giuridica e giustificazione politica porta il lavoro del giurista e il «potere sapere» del giudice a riscoprire il ruolo dimenticato: quello di «custode» delle garanzie e, per questo, di critico della legislazione. Qui Ferrajoli ipotizza un modello di sapere giuridico costituito da una forma di antagonismo «legale» in cui l'ermeneutica delle garanzie comincia proprio nel momento in cui il giudice contesta e rifiuta il potere dispositivo che la legislazione (non soltanto, ma soprattutto penale) gli demanda. Un modello di giudice visto dall'ottica del garantismo è dunque un «riformatore di professione», fortemente auto-critico nei confronti del proprio ruolo «decisionale» e non strettamente cognitivo, ma anche lontano da quella dimensione di «eroe carismatico» che la letteratura politica degli anni settanta aveva individuato, non senza ironia, in quella singolare elaborazione di una «via giudiziaria al socialismo».

Ogni trasgressione della dimensione cognitiva dell'attività processuale del giudice e, di conseguenza, ogni concessione al suo potere dispositivo portano ad un arretramento della soglia della legalità: ed è proprio una simile valutazione della forma giurisdizionale che ci porta a ridimensionare alcuni eccessivi entusiasmi nei confronti delle recenti riforme. Se il nuovo codice di procedura segna un progresso per quanto attiene alla redistribuzione di equilibri e di poteri all'interno del processo, rinunciando al vecchio «stile monologante» (F. Cordero) del giudice, è indubbio che segni un regresso nel sistema della legalità quando reimmette arbitrio nella contrattazione processuale. In questo caso è il presunto valore dell'efficienza del sistema giudiziario ad esser favorito rispetto al criterio garantistico, per cui l'idea del «giusto processo» viene a coincidere con l'idea di un processo più rapido. Oltre ai noti problemi di certezza e di proporzionalità della pena, simili scelte ripropongono la complessità della politica del sistema penale che, come si dice, risulta orientata rispetto ai diritti soltanto in maniera autoreferenziale. La scelta di valori interni al sistema, che pure è il modello di tutti i sistemi organizzativi complessi, è incoerente rispetto alla sua stessa auto-definizione e alla sua stessa *Selbst-beschreibung* per le quali il sistema del diritto penale si presenta come «diritto» e non come insieme di tecnologie punitive efficienti. Forse

qui basterebbe ripercorrere «ricorsivamente» tutti i meccanismi interni del sistema penale, adottandone il «punto di vista interno», per scoprirne i paradossi e le cadute interne di coerenza e di «razionalità»; se, come credo, la legalità positiva è fatta anche di questo, la critica dell'incoerenza e dell'inadeguatezza interna di un sistema finisce per svelare paradossi più decisivi con cui sarebbe bene, almeno, convivere consapevolmente se proprio si ritiene che non si possa far niente per eliminarli.

Una simile *phronesis*, anche se non è stata mai vincente, ha costituito la linea portante della tradizione illuministica moderna che ha guardato ai diritti non come lo spazio «etico» per eccellenza né tanto meno come il luogo dell'ontologia, della verità, ma semplicemente come uno spazio terzo tra i poteri autoritari da una parte e i poteri «selvaggi» dall'altra.

Il *minimalismo* penale, di cui L. Ferrajoli è da tempo il teorico, è l'erede di quella tradizione che non si è mai fatta mistero di riconoscere nella artificialità della ragione giuridica l'unico possibile limite a quel «terribile potere» di punire da parte di uomini su altri uomini come Montesquieu e Condorcet insegnavano, e nello stesso tempo a individuare nella laicità della proibizione e nella previsione di una pena minima attraverso un «giudizio» l'unico possibile argine ad una società della disciplina che non lascia nemmeno la «libertà» della scelta dei comportamenti.

Nel riproporre una teoria del garantismo, ed è un altro merito dell'autore, Ferrajoli fa propria quella *phronesis*, proponendo modelli «forti», decisivi, e nello stesso tempo mai arroganti; persuasivi a dispetto delle sue assiomaticizzazioni. Lo stesso tono dell'argomentazione appare sempre distante da posizioni assolute in cui tutto è o soltanto bianco o soltanto nero: il garantismo è, infatti, tendenza, lotta ma anche modello per certi versi mai del tutto raggiungibile, cui i sistemi penali concreti possono più o meno avvicinarsi o allontanarsi, come del resto risulta dall'immane materiale storico che il libro raccoglie.

Del resto, come ho già avuto occasione di scrivere, era un libro atteso da quanti, conoscendo Ferrajoli, erano al corrente del suo lungo lavoro su questi temi; ma era atteso anche da quanti, pur non conoscendo Ferrajoli, erano alla ricerca di una teoria dei diritti lontana sia dalla apologia dei sistemi punitivi, sia da una loro critica ingenua e, a volte, controintuitiva.