
Luigi Ferrajoli

Diritto e ragione

Teoria del garantismo penale

Prefazione di Norberto Bobbio



Editori Laterza



Il rispetto della persona, i diritti alla vita e alla libertà personale, il nesso tra legalità e libertà, la separazione tra diritto e morale, la tolleranza politica, la libertà di coscienza, l'indipendenza della funzione giudiziaria e i limiti dei poteri dello stato: tutti i valori fondamentali dello stato di diritto moderno maturano principalmente sul terreno del diritto penale, attraverso le battaglie illuministiche contro l'assolutismo dell'*ancien régime*. Concepiti dal pensiero giusnaturalistico come principi di ragione, e poi incorporati nelle moderne costituzioni come altrettante *garanzie* penali e processuali, questi valori restano largamente irrealizzati.

Questo libro analizza la crisi dei fondamenti del diritto penale espressa dal profondo divario tra il sistema normativo delle garanzie e il funzionamento effettivo delle istituzioni punitive. Ne rintraccia le radici nella fragilità teorica del modello garantista tramandato dalla tradizione illuministica e nella concorrenza ad esso opposta, fin dal secolo scorso, dal continuo riemergere di archetipi penali premoderni e di mai spente tentazioni autoritarie. Illustra le forme molteplici d'illegittimità e d'ingiustizia prodotte dall'inadeguatezza o dalle lesioni delle singole garanzie. E propone, di fronte alla crisi del modello, una sua rifondazione filosofica e politica nel quadro di una teoria generale del garantismo.



In sovraccoperta: La Bilancia, miniatura dal *Liber astrologiae* di Georgius Zotheorus Zaparus Fendulus, Italia meridionale, 1225-1250 ca. Parigi, Biblioteca Nazionale, ms. latino 7330, f. 21 v.

Luigi Ferrajoli insegna Teoria generale del diritto all'Università di Roma Tre. Per i nostri tipi ha pubblicato *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento* (1999), *La sovranità nel mondo moderno* (2004²), *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (3 volumi, 2007) e *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. Vitale, 2008³).

Proprietà letteraria riservata
Gius. Laterza & Figli Spa, Roma-Bari

Finito di stampare nell'ottobre 2008
SEDIT- Bari (Italy)
per conto della
Gius. Laterza & Figli Spa
ISBN 978-88-420-3481-0

È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata, compresa la fotocopia, anche ad uso interno o didattico. Per la legge italiana la fotocopia è lecita solo per uso personale *purché non danneggi l'autore*. Quindi ogni fotocopia che eviti l'acquisto di un libro è illecita e minaccia la sopravvivenza di un modo di trasmettere la conoscenza. Chi fotocopie un libro, chi mette a disposizione i mezzi per fotocopiare, chi comunque favorisce questa pratica commette un furto e opera ai danni della cultura.

PREFAZIONE

Diritto e ragione è la conclusione di una vastissima e puntigliosa esplorazione continuata per anni nelle più diverse discipline giuridiche, in special modo nel diritto penale, e di una lunga e appassionata riflessione nutrita di studi filosofici e storici, sugli ideali morali che ispirano o dovrebbero ispirare il diritto delle nazioni civili. A quest'opera Luigi Ferrajoli si era preparato da tempo con studi di filosofia, di epistemologia, di etica e di logica, di teoria e scienza del diritto, di storia delle dottrine e delle istituzioni giuridiche, arricchiti dall'esperienza intensamente e seriamente vissuta, tratta dall'esercizio della sua passata attività di magistrato.

Tutto l'ampio discorso si svolge in modo serrato tra la critica dei fondamenti gnoseologici ed etici del diritto penale, a un estremo, e la critica della prassi giudiziaria nel nostro paese, all'altro estremo, rifuggendo dai due vizi opposti della teoria senza controlli empirici e della pratica senza principi, e non perdendo mai di vista, nonostante la molteplicità dei problemi affrontati e la ricchezza della informazione, la coerenza delle parti col tutto, l'unità del sistema, la sintesi finale. Le singole parti si dispiegano secondo un ordine prestabilito e via via rigorosamente rispettato. Il principio anticipa la conclusione, la fine si ricongiunge, dopo il lungo e lineare percorso, al principio.

La posta in gioco è alta: l'elaborazione di un sistema generale del garantismo o, se si vuole, la costruzione dei muri maestri dello stato di diritto che ha per fondamento e per scopo la tutela delle libertà del singolo contro le varie forme di esercizio arbitrario del potere, particolarmente odioso nel diritto penale. Ma è un gioco che ha le sue regole: l'autore dopo averle stabilite le osserva con scrupolo e così permette al lettore di trovare senza troppa fatica la strada. La coerenza dell'insieme è resa possibile dalla dichiarazione preventiva dei presupposti metodologici e teorici, dal procedere per concetti ben definiti e delle loro anti-

tesi, dalla concatenazione delle diverse parti e dalla progressione ragionata dall'una all'altra.

L'opera, nonostante la complessità dell'impianto e la grande quantità dei problemi affrontati, è di ammirevole chiarezza. Si può consentire o dissentire. Ma non ci si deve mai arrovellare per capire quel che l'autore ha voluto dire. Il lettore può procedere da un tratto all'altro del lungo cammino senza che sia necessario sgombrare ogni momento il passaggio dalle macerie di inutili astruserie. Ferrajoli è un amante delle idee chiare e distinte, che procede attraverso una sicura conoscenza dei fatti di cui parla e, nell' esporli ordinatamente, si avvantaggia della sua preparazione di logica (non sarà inutile ricordare che una delle sue prime prove di studioso fu una *Teoria assiomatica del diritto*). Che non vuol dire delle idee semplici, o peggio, semplificate. Anzi la chiarezza che deriva dallo scioglimento di confusioni linguistiche e concettuali ha per conseguenza, e non può non avere, il moltiplicarsi delle distinzioni e suddistinzioni, la dissoluzione di unità apparenti, il veder da vicino tutti gli aspetti di una figura che da lontano, nella nebbia del pensiero confuso, era sembrata uniforme.

Importante per la piena comprensione dell'insieme è che, nonostante questo procedere attraverso la disarticolazione dell'inarticolato e della precisazione del vago e del generico, non si perda di vista l'idea ispiratrice dell'opera, che è quella illuministica e liberale, illuministica in filosofia, liberale in politica, secondo cui di fronte alla grande antitesi che domina tutta la storia umana tra libertà e potere, per cui nelle relazioni tra individui e tra gruppi quanto è maggiore la libertà tanto è minore il potere, e viceversa, è buona e quindi desiderabile e propugnabile di volta in volta quella soluzione che allarga la sfera della libertà e restringe quella del potere: con altre parole, quella per cui il potere deve essere limitato in modo da permettere a ognuno di godere della massima libertà compatibile con la eguale libertà di tutti gli altri.

L'opera si sviluppa per antitesi o grandi dicotomie, fra loro concatenate, sì che su una linea stanno le tesi positive, sull'altra quelle negative. Dall'antitesi libertà-potere nascono tutte le altre. A cominciare, nella sfera specifica del diritto penale, da quella tra modello garantistico e modello autoritario, tra garantismo e decisionismo, per continuare con tutte quelle che vi si connettono: governo delle leggi — dove s'intende governo sia *sub lege* sia *per leges*, con la ulteriore distinzione, fondamentale, tra mera legalità e stretta legalità — e governo degli uomini, stato di diritto contro stato assoluto o dispotico, formalismo con-

tro sostanzialismo, via via verso quelle attraverso cui l'autore espone il suo orientamento nella politica penalistica, diritto penale minimo contro diritto penale massimo, il diritto del più debole contro il diritto del più forte, in ultima istanza, certezza contro arbitrio.

La difesa delle proprie tesi è accompagnata dalla critica delle dottrine opposte che hanno costituito gran parte della storia della filosofia del diritto penale e continuano a tornare ora aggressivamente ora subdolamente sulla scena. La battaglia in difesa del garantismo è pur sempre, malgrado le solenni dichiarazioni di principio non sempre confortate dai fatti, una battaglia di minoranza. Proprio per questo tanto più difficile e bisognosa di essere combattuta con armi temprate ed affilate. Talora accade che l'avversario presenti due facce, ed allora la tesi proposta diventa inevitabilmente un *tertium quid* fra due estremi. La legalità si oppone all'arbitrio, ma l'opposizione è duplice quando l'arbitrio può derivare tanto da una concezione oggettivistica del reato, in generale del male, di origine metafisica, quanto da un'altrettanto indebita oggettivazione come è quella derivata dalla criminologia positivista, cui l'autore non riconosce carattere scientifico e alla quale non risparmia strali avvelenati. A sua volta, la tesi del diritto penale minimo apre il suo fronte principale contro le teorie del diritto penale massimo (che culminano nella difesa della pena di morte), ma non può trascurare le dottrine abolizionistiche o sostitutivistiche, secondo le quali la pena, al contrario, sarebbe destinata a scomparire. Talora gli estremi si toccano: la libertà regolata deve contrastare tanto la illibertà, ovvero ogni forma di abuso del diritto di punire, quanto la sregolatezza, ovvero la libertà selvaggia. Il principio di legalità è avverso all'arbitrio ma anche al legalismo ottuso, meccanico, che non riconosce l'esigenza dell'equità, che con espressione tratta dalla logica dei concetti l'autore chiama potere di «connotazione», e la presenza di spazi in cui si esercita abitualmente il potere del giudice. Nel positivismo giuridico il problema della giustizia è separato da quello della legittimazione interna all'ordinamento o della validità: una posizione come questa sta in mezzo tanto alla riduzione del secondo al primo, com'è proprio del giusnaturalismo classico, quanto alla riduzione del primo al secondo, il che è proprio del legalismo etico.

Il garantismo è un modello ideale cui la realtà si può più o meno avvicinare. Come modello rappresenta una meta che rimane tale anche se non è raggiunta e non può essere mai del tutto raggiunta. Ma per costituire una meta il modello deve essere definito in tutti gli aspetti. Soltanto se è ben definito può

servire anche da criterio di valutazione e di correzione del diritto esistente.

Alla descrizione del modello è dedicata essenzialmente la prima parte, tutta incentrata sulla netta contrapposizione tra il momento della legislazione e quello della giurisdizione, il primo che trova il suo elemento costitutivo nel convenzionalismo, ovvero nella teoria secondo cui è reato ciò che la legge stabilisce come tale in contrasto con le dottrine oggettivistiche del reato per cui vi sono azioni cattive in se stesse, il secondo col suo elemento costitutivo nella dottrina contraria del cognitivismo, secondo cui al giudice spetta verificare o falsificare l'ipotesi accusatoria attraverso procedure che rendano possibile la conoscenza dei fatti. Con una felice antitesi, felice per la sua sinteticità, che fa capo ai due concetti generali del «potere» e del «sapere», la contrapposizione tra legislazione e giurisdizione secondo l'astratto modello garantistico viene espressa con queste due massime: rispetto alla legislazione «Auctoritas non veritas facit legem»; rispetto alla giurisdizione «Veritas non auctoritas facit iudicium».

La seconda e la terza parte analizzano alla luce del modello i problemi fondamentali che costituiscono la materia tradizionale del diritto e della procedura penale — la pena, il reato, il processo — rispondendo con calcolata simmetria, per ognuno dei tre temi, alle quattro domande, se, perché, quando, come «punire»; se, perché, quando, come «proibire»; se, perché, quando, come «giudicare». Il modello, una volta presentato in tutte le sue parti, serve da criterio di valutazione della situazione attuale del diritto e del processo penale in Italia: tale giudizio, cui è dedicata la quarta parte, è molto severo e intende mostrare quanto la realtà del sistema penalistico vigente sia lontana dal modello, per la presenza di tre sottosistemi devianti, quello del diritto penale ordinario, ancora caratterizzato dalla sopravvivenza del codice fascista e da alcune deficienze o lacune della stessa Costituzione; quello delle varie misure di polizia che si affiancano e si sovrappongono al diritto penale ordinario; e infine quello introdotto dalle leggi eccezionali nella situazione della cosiddetta emergenza. Mentre le prime tre parti si contraddistinguono per il loro rigore argomentativo e per la complessità della costruzione sistematica, la quarta spicca per l'ampiezza della documentazione, che ne fa un vero e proprio repertorio delle parti malate di un sistema, cui tanto l'avvocato quanto il giudice, tanto l'uomo politico o l'amministratore quanto il giornalista, possono attingere con profitto. Richiamo l'attenzione

anche sulla estensione delle note bibliografiche e storiche, in cui il lettore troverà interessanti notizie riguardanti la storia dei singoli problemi.

L'ultima parte, infine, è un tentativo di trarre dai risultati ottenuti nella descrizione del modello garantistico nel diritto penale i lineamenti di un modello generale del garantismo: elevandolo, anzitutto, a modello ideale dello stato di diritto, inteso non soltanto come stato liberale protettore dei diritti di libertà, ma anche come stato sociale, chiamato a proteggere pure i diritti sociali; in secondo luogo, presentandolo come una teoria del diritto che propone un giuspositivismo critico contrapposto al giuspositivismo dommatico; e, infine, interpretandolo come una filosofia politica che fonda lo stato sui diritti fondamentali dei cittadini e che proprio dal riconoscimento e dalla effettiva protezione (non basta il riconoscimento!) di questi diritti trae la sua legittimità e anche la capacità di rinnovarsi senza ricorrere alla violenza sovvertitrice.

Con questa sommaria presentazione non ho certo la pretesa di aver dato un'idea sufficiente di un'opera destinata a suscitare un dibattito che non si esaurirà alla sua prima apparizione. Tanto meno presumo di poterne dare un giudizio. Posso dire in generale che *Diritto e ragione* è un'opera in cui sono continuamente intrecciati problemi di teoria del diritto e problemi di politica del diritto e dovrà essere compresa e giudicata da entrambi i punti di vista. Naturalmente, anche se i due aspetti sono strettamente collegati, possono essere tenuti nel giudizio distinti. Una teoria può avere esiti prescrittivi diversi, così come un programma di riforme legislative può avere diversi fondamenti teorici.

Come teorico generale del diritto, Ferrajoli appartiene alla famiglia dei giuspositivisti nella tradizione di Kelsen, di Hart e del giuspositivismo italiano di quest'ultimo quarto di secolo. Ma 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 interna delle leggi, e non soltanto esterna: un giuspositivista ben consapevole che, dopo che è avvenuta nella maggior parte delle costituzioni moderne la costituzionalizzazione dei diritti naturali, il tradizionale conflitto fra diritto positivo e diritto naturale, e tra giuspositivismo e giusnaturalismo, ha perduto gran parte del suo significato, con la conseguenza che il divario tra ciò

che il diritto è e ciò che il diritto deve essere, espresso tradizionalmente sotto forma di contrasto tra legge positiva e legge naturale, si è venuto sempre più trasformando nel divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere all'interno di un medesimo ordinamento giuridico, o, con le parole usate ripetutamente dall'autore, tra «effettività» e «normatività». Questo contrasto sta fra l'altro alla base di quel compito specifico del giurista, più volte messo in rilievo, che è la critica del diritto vigente: un compito che contrasta con uno dei cardini della scienza giuridica secondo il positivismo di stretta osservanza, quello dell'avalutatività della scienza del diritto. La ricorrente constatazione di questo contrasto, specie per quel che riguarda il diritto penale italiano, rappresenta uno dei motivi d'interesse del libro in cui la freddezza e la secchezza, starei per dire l'aridità, del ragionamento non riescono mai a soffocare il fuoco della passione civile.

Se rispetto alle tradizionali scuole di teoria del diritto l'orientamento teorico di Ferrajoli appartiene al positivismo giuridico, ancorché corretto e reso meno intransigente ma di fatto più conseguente, rispetto al metodo, o più semplicemente rispetto al modo di procedere nell'argomentazione, Ferrajoli può essere annoverato tra i filosofi analitici: positivismo giuridico e filosofia analitica hanno fatto, almeno in Italia, forse in Italia più che altrove, molta strada insieme. L'adesione alla filosofia analitica è dichiarata esplicitamente in più luoghi. Questa appartenenza si rivela nell'attenzione continuamente posta alle «questioni di parole», nel rigore del ragionamento mai disgiunto dalla prova dei fatti, nella tendenza al «distingue frequenter», nell'avversione verso ogni forma di essenzialismo.

Dal punto di vista della politica del diritto, il teorico del garantismo non può non inserirsi nella grande tradizione del pensiero illuministico e liberale che nel campo del diritto penale va da Beccaria a Francesco Carrara: anche se di questa tradizione egli propone una revisione dei fondamenti epistemologici, ingenuamente formalistici e realistici, attraverso la distinzione tra «significato» e «criteri» di verità nel processo, l'analisi dei margini insopprimibili di opinabilità della verità giuridica e del carattere non più che probabile della verità fattuale e il nesso istituito tra il grado di verificabilità e di verifica e il grado di soddisfazione delle garanzie penali e processuali. La nozione di «grado» più o meno alto di garantismo (non solo in campo penale) è del resto centrale in tutto il lavoro, ove è esclusa ripetutamente l'idea che un ordinamento, per quanto perfezionato, possa mai aspirare a una piena realizzazione dei valori che pure

ne formano le fonti positive di legittimazione. E rappresenta, insieme alla tesi che ne consegue del carattere sempre relativo e imperfetto della legittimità giuridica non meno che politica, la base del ruolo critico e riformatore assegnato sia alla scienza che alla politica del diritto, inteso questo come «artificio» o costruzione umana, affidata alla responsabilità dei giuristi e degli operatori giuridici.

Tutto si tiene: positivismo giuridico, da non confondersi col legalismo etico, come si è detto, separazione del diritto dalla morale, in tutte le sue dimensioni, metodo analitico, liberalismo politico, inteso come dottrina dei limiti e dei vincoli del potere dello stato, formano un insieme coerente e contribuiscono, convergendo, alla composizione del sistema generale del garantismo. Le proposte di riforma avanzate, particolarmente innovative quelle riguardanti la pena, sono una diretta conseguenza della teoria liberale dei rapporti fra individuo e stato, secondo cui prima viene l'individuo poi viene lo stato, e lo stato non è mai un fine in se stesso perché è, o deve essere, soltanto un mezzo che ha per fine la tutela della persona umana, dei suoi diritti fondamentali di libertà e di sicurezza sociale. La contrapposizione tra la concezione tecnica e la concezione etica dello stato e di tutte le istituzioni politiche, percorre l'intera opera dalla prima all'ultima pagina. Uno dei nemici mortali del convinto asseveratore del garantismo è lo stato etico di Hegel, e più in generale ogni concezione organicistica della società. La critica dello stato etico è uno dei tanti aspetti che assume la critica più volte ripresa della confusione tra morale e diritto, attraverso cui passa la salvaguardia del principio di stretta legalità, in definitiva il valore della certezza, valore fondamentale nella difesa del cittadino contro i poteri arbitrari che trovano il loro spazio naturale nella definizione non tassativa dei reati, nella flessibilità delle pene, nel potere dispositivo, non cognitivo, del giudice.

Le pagine dedicate alla demolizione delle dottrine che a vario titolo e in diversa misura potremmo chiamare per antitesi oscurantistiche, e delle istituzioni che contravvengono ai principi di un diritto penale garantistico, tra cui, avversate con particolare insistenza, le misure di sicurezza, la carcerazione preventiva, ogni sorta di patteggiamento tra il giudice e l'imputato, non sono meno incisive di quelle dedicate alla costruzione dell'edificio. L'opera non è un corpo inanimato. Vi soffia dentro lo spirito vivificatore che promana da un'etica della libertà sinceramente vissuta. Chi abbia seguito la coraggiosa battaglia data dall'autore quasi giorno dopo giorno attraverso pubblici dibattiti e articoli di giornale in difesa del rispetto della legalità negli

anni in cui un'improvvisa e impreveduta esplosione di violenza politica nel nostro paese provocò la legislazione d'emergenza, non può aver dubbi sull'occasione che ha indotto l'autore a tentare la grande impresa, che in queste dimensioni e con questa compiutezza non ha precedenti, di porre i fondamenti teorici e i principi assiologici di un sistema globale del garantismo. Tutta l'opera è dominata dalla convinzione che unicamente attraverso una visione onnilaterale del problema è possibile al giurista, che non deve essere soltanto un freddo e distaccato commentatore delle leggi vigenti, individuare e quindi denunciare non solo le deformazioni del sistema giuridico positivo, ivi compreso lo sviluppo ipertrofico del diritto penale, o illusione panpenalistica, ma anche, come si vede nella parte finale, mettere a nudo tutte quelle situazioni ove permangono poteri extragiuridici, su cui lo stato di diritto non ha ancora esteso la sua regola, e che in quanto tali perpetuano rapporti di disuguaglianza, cui viene dato il nome suggestivo di «poteri selvaggi».

La parte critica, ripeto, non è meno importante di quella costruttiva: l'una e l'altra si sorreggono e si giustificano a vicenda. Non a caso, nelle pagine finali Ferrajoli cita con onore l'«aureo libretto» di Jhering, *La lotta per il diritto*, in cui la lotta per il diritto è presentata come un dovere verso se stessi e verso gli altri. Non a caso, nella stessa pagina, è rimesso in onore il principio della «garanzia sociale», enunciato nell'art. 23 della Costituzione francese del 1793, definita come l'«azione di tutti per assicurare a ciascuno il godimento e la conservazione dei suoi diritti». Paradossalmente, vien fatto di concludere, anche il più perfetto sistema del garantismo non può trovare in se stesso la propria garanzia, ed esige l'intervento attivo da parte degli individui e dei gruppi nella difesa dei diritti che pur normativamente dichiarati non sono sempre effettivamente protetti.

Norberto Bobbio

Torino, giugno 1989

INTRODUZIONE

1. Questo libro vuole contribuire alla riflessione sulla crisi di legittimità che investe gli odierni sistemi penali, e in particolare quello italiano, rispetto ai loro fondamenti filosofici, politici e giuridici. Tali fondamenti furono posti in gran parte — con la nascita dello stato moderno come «stato di diritto» — dal pensiero giuridico illuministico, che li identificò con una serie complessa di vincoli e di garanzie stabilite a tutela del cittadino contro l'arbitrio punitivo. Benché incorporati in tutte le costituzioni evolute, questi vincoli sono largamente violati dalle leggi ordinarie, e più ancora dalle prassi illiberali da esse alimentate. La crisi, d'altra parte, investe da tempo gli stessi fondamenti classici del diritto penale, o perché inadeguati o peggio non soddisfacenti, o perché smarriti e sopraffatti da orientamenti efficientistici e pragmatistici.

Si aggiunga che il diritto penale, per quanto circondato da limiti e garanzie, conserva sempre un'intrinseca brutalità che ne rende problematica e incerta la legittimità morale e politica. La pena, comunque la si giustifichi e circoscriva, è infatti una seconda violenza che si aggiunge al delitto e che è programmata e messa in atto da una collettività organizzata contro un individuo singolo. Se la proprietà privata fu detta da Beccaria «un terribile e forse non necessario diritto», la potestà di punire e di giudicare resta sicuramente, come scrissero Montesquieu e Condorcet, il più «terribile» e «odioso» dei poteri: quello che si esercita in maniera più violenta e diretta sulle persone e nel quale si manifesta in forma più conflittuale il rapporto tra stato e cittadino, tra autorità e libertà, tra sicurezza sociale e diritti individuali. È per questo che il diritto penale è sempre stato al centro della riflessione giuridico-filosofica. La sua fondazione razionale, pur nel variare dei criteri di razionalità, è stata invariabilmente avvertita come equivalente alla sua giustificazione etico-politica; laddove la sua irrazionalità è sempre stata, all'opposto, equiparata al dispotismo e al sopruso. Al tempo stesso la

principale garanzia della razionalità e della giustificazione del potere di punire, di proibire e di giudicare si è rivelata la sua rigida disciplina *giuridica*, mediante tecniche specifiche di limitazione e di legittimazione legale.

2. La parola «ragione» che compare nel titolo di questo libro è intesa in tre sensi diversi, che corrispondono ai tre ordini di fondamenti del diritto penale che ho appena enunciato e dei quali tratterò nelle prime tre parti: nel senso di ragione *nel diritto*, nel senso di ragione *del diritto* e nel senso di ragione *di diritto* penale.

Nel primo senso, più propriamente teoretico, «ragione» designa il tema — di pertinenza dell'*epistemologia del diritto* — della *razionalità* delle decisioni penali, cioè del sistema di vincoli e di regole elaborato soprattutto dalla tradizione liberale e diretto a fondare (anche) sulla «conoscenza» anziché (solo) sull'«autorità» le procedure d'imputazione e di sanzionamento penale. Tale fondamento *cognitivo*, che come vedremo è il connotato costitutivo del garantismo penale, richiede una specifica tecnologia legale e giudiziaria: innanzitutto che la definizione legislativa della devianza punibile sia operata con riferimento a fatti empirici esattamente denotati e non a valori; in secondo luogo che il suo accertamento giurisdizionale avvenga attraverso asserzioni soggette alla verifica dell'accusa ed esposte alla confutazione della difesa e non attraverso opzioni o valutazioni come tali non verificabili né falsificabili. Sotto questi aspetti il modello penale garantista equivale a un sistema di minimizzazione del potere e di massimizzazione del sapere giudiziario, in quanto condiziona la validità delle decisioni alla verità, empiricamente e logicamente controllabile, delle loro motivazioni.

Nel secondo senso, assiologico e politico, la parola «ragione» designa il tema — proprio della *filosofia del diritto* — della *giustizia* penale, ossia delle giustificazioni etico-politiche della qualità, della quantità e prima ancora della necessità delle pene e delle proibizioni, nonché delle forme e dei criteri delle decisioni giudiziarie. Questo secondo tema riguarda la fondazione *esterna* o *politica* del diritto penale rispetto a valori, interessi e finalità extra- o meta-giuridiche. Esso è tuttavia connesso al primo. Si vedrà infatti che il modello penale garantista, con il suo impianto empiristico e cognitivistico assicurato dai principi di stretta legalità e di stretta giurisdizionalità, fu concepito e giustificato dalla filosofia giuridica illuministica come la tecnica punitiva razionalmente più idonea — in alternativa a modelli penali deci-

sionistici e sostanzialistici, orientati da culture politiche autoritarie — a massimizzare la libertà e a minimizzare l'arbitrio in accordo con tre opzioni politiche di fondo: il valore primario associato alla persona e ai suoi «diritti naturali», l'utilitarismo giuridico e la separazione laica tra diritto e morale.

Nel terzo senso, normativo e giuridico, il termine «ragione» designa infine il tema — appartenente alla *scienza penale*, ossia alla teoria generale del diritto e alla dogmatica penalistica dei singoli ordinamenti — della *validità* o *coerenza logica interna* a ciascun sistema penale positivo tra i suoi principi normativi superiori e le sue norme e le sue prassi inferiori. Il modello penale garantista è stato infatti recepito, sia pure in maniera sommaria e lacunosa, dal nostro ordinamento costituzionale come dagli altri sistemi giuridici evoluti; e rappresenta quindi, in tale misura, il fondamento *interno* o *giuridico* della legittimità della legislazione e della giurisdizione penale, che vale a vincolare normativamente alla coerenza con i suoi principi. Esso è dunque, oltre che un modello razionale di giustificazione, anche un modello costituzionale di legalità: idoneo a limitare e insieme a convalidare o invalidare la potestà punitiva con ragioni di diritto, ovvero di legittimazione interna, tanto quanto ne condiziona giuridicamente il valido esercizio alla prova dei soli comportamenti validamente proibiti dalla legge sulla base dei criteri etico-politici di legittimazione esterna fatti propri dalle norme costituzionali.

3. Lo scopo principale che mi sono proposto con la riflessione su questi tre ordini di fondamenti è stato la revisione teorica del modello garantista di legalità penale e processuale quale fu tracciato dal pensiero illuminista: delle sue basi epistemologiche, dei suoi criteri di giustificazione etico-politica e delle tecniche normative idonee ad assicurarne un soddisfacente grado di effettività. Il pensiero illuminista rappresenta sicuramente il momento più alto della storia — nel suo insieme non onorevole — della cultura penalistica: se non altro perché ad esso si deve la formulazione più incisiva della maggior parte delle garanzie penali e processuali entro le forme dello stato costituzionale di diritto. Tuttavia lo schema garantista da esso tramandato, basato sull'idea del giudizio come sillogismo perfetto e del giudice come bocca della legge, ha un'intrinseca debolezza politica, dovuta tra l'altro alla sua totale inattendibilità epistemologica e alla sua conseguente impraticabilità giuridica. E per questo che esso, dopo la seconda metà dell'Ottocento, ha potuto essere

squalificato sul piano teorico e sopraffatto su quello istituzionale da modelli di diritto penale autoritari che hanno riproposto, in forme nuove e moderne, schemi penalistici arcaici di tipo sostanzialistico e inquisitorio. Ed anche allorquando lo si è conservato come generico riferimento assiologico, la sua crescente lontananza dagli orientamenti pratici del diritto penale e processuale ha finito per trasformarlo in un modello puramente ideologico. La revisione critica dell'epistemologia giuridica illuministica — attraverso l'analisi delle condizioni logiche, semantiche e normative della verifica e della falsificazione processuale, nonché degli spazi di valutazione equitativa e di discrezionalità dispositiva irriducibilmente inerenti alla giurisdizione — resta perciò il compito pregiudiziale di una teoria del garantismo penale che non intenda cullarsi in un razionalismo utopistico né rassegnarsi a un decisionismo più o meno irrazionalistico.

Naturalmente la crisi del garantismo penale di matrice illuministica non è solo il prodotto della sua fragilità epistemologica, ma anche dell'offuscarsi dei suoi fondamenti assiologici. Nei secoli XVII e XVIII il diritto penale fu il terreno su cui principalmente si venne delineando il modello dello stato di diritto. 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*. Ed è soprattutto attraverso la critica dei sistemi penali e processuali che si vennero definendo, come vedremo, i valori della civiltà giuridica moderna: il rispetto della persona umana, i valori «fondamentali» della vita e della libertà personale, il nesso tra legalità e libertà, la separazione tra diritto e morale, la tolleranza, la libertà di coscienza e di parola, i limiti dell'attività dello stato e la sua funzione di tutela dei diritti dei cittadini come sua fonte primaria di legittimazione. Questo connubio tra diritto penale e filosofia politica riformatrice si ruppe nella seconda metà del secolo scorso, allorché, consolidatosi lo stato liberale, prese il sopravvento nelle discipline penalistiche, e di riflesso nelle pratiche istituzionali, una concezione conservatrice del diritto penale come tecnica di controllo sociale, secondo orientamenti variamente autoritari — idealistici, etico-statalisti, positivisti, irrazionalistici, spiritualisti, correzionalistici o anche puramente tecnicistici e pragmatistici — che formano tuttora il tacito sottofondo filosofico della cultura penale dominante.

È chiaro che una credibile prospettiva garantista esige oggi, contro simili orientamenti, un ripensamento anche dei fondamenti assiologici esterni del diritto penale. Dopo aver analizzato

nella prima parte di questo libro le condizioni epistemologiche di soddisfacibilità sia pure solo relativa di un sistema penale garantista, tratterò quindi nella seconda e nella terza parte dei problemi della pena, del reato e del processo sulla base di quattro terne di interrogativi: se, perché, quando e come punire; se, perché, quando e come proibire; se, perché, quando e come giudicare. I problemi del se e del perché saranno affrontati nella seconda parte, attraverso la critica sia delle dottrine abolizionistiche che di quelle giustificazionistiche del diritto penale e la proposta di un utilitarismo penale riformato. I problemi del quando e del come saranno invece discussi nella parte terza, ove le risposte a questi due tipi di questioni saranno identificate con le garanzie penali e processuali che articolerò, fin dal secondo capitolo, entro un sistema di dieci assiomi tra loro connessi sia logicamente che assiologicamente. È poi evidente che questi medesimi assiomi, tanto quanto sono incorporati negli ordinamenti positivi, ne esprimono altresì i fondamenti assiologici interni, o giuridici o di validità.

4. È rispetto ai tre ordini di «ragioni» o «fondamenti» sopra indicati che svilupperò, nella parte quarta, un'analisi sommaria dei profili d'irrazionalità, d'ingiustizia e d'invalidità che contrassegnano l'ordinamento penale e processuale italiano. Ho voluto infatti tenere separata la riflessione teorica e filosofica sui fondamenti, che occupa le prime tre parti di questo lavoro, dall'esegesi giuridica della loro recezione costituzionale e del loro grado di effettività nel nostro diritto positivo: e ciò non solo per ragioni sistematiche, ma anche per sfuggire al vizio del legalismo etico, pur nella sua variante progressiva del costituzionalismo etico, che da molti decenni paralizza la prima appiattendola sulla seconda. Al tempo stesso mi è parso necessario trattare contestualmente, sia sul piano teorico che su quello dogmatico, i problemi penali e quelli processuali. Dal punto di vista dei fondamenti e delle garanzie i due ordini di problemi non sono infatti dissociabili, e vanno affrontati e risolti gli uni sulla base delle soluzioni predisposte per gli altri.

L'ipotesi di lavoro da cui muoverò è che il sistema penale italiano, quale si è sviluppato dal fascismo ad oggi, è il risultato di una triplice differenziazione interna che corrisponde a una triplice divaricazione tra i suoi principi garantisti e liberali, codificati e costituzionalizzati come suo modello teorico e normativo, e il suo modo di essere effettivo sia legislativo che giurisdizionale. La prima differenziazione è quella determinata dallo

sviluppo, entro il diritto penale e processuale ordinario, di una lunga serie di tecniche e di istituti che smentiscono più o meno radicalmente i principi costituzionali: come la formulazione in termini vaghi e indeterminati delle figure di reato, la previsione di reati di sospetto, la carcerazione preventiva, le varie lesioni del contraddittorio e della presunzione d'innocenza e gli altri molteplici meccanismi inquisitori che ancora affliggono il nostro processo pur dopo la recente approvazione del nuovo codice di procedura penale. La seconda e più vistosa differenziazione è quella prodotta dalla formazione, a fianco del diritto penale e processuale ordinario destinato alla giurisdizione, di un vero e proprio diritto penale e processuale speciale e amministrativo, di competenza in parte della magistratura e in più larga parte della polizia: mi riferisco all'ampio ventaglio delle sanzioni *ante, extra o ultra delictum* e *ante, extra o ultra iudicium* composto, oltre che dalla carcerazione preventiva, dalle misure di sicurezza, dalle misure di prevenzione e di ordine pubblico e dai numerosi poteri istruttori e di limitazione cautelare della libertà personale attribuiti in via sussidiaria alla polizia giudiziaria. La terza divaricazione è quella, corrente ed entro certi limiti fisiologica, tra le leggi e le loro applicazioni: le prassi, giudiziarie e ancor più poliziesche, sono sempre a un gradino più in basso delle leggi, se non altro perchè queste riflettono modelli di «dover essere» mentre quelle sottostanno altresì a contingenti imperativi d'efficienza che inevitabilmente confliggono con i primi avvertiti spesso come ingombranti ostacoli antifunzionali; nello scorso decennio, poi, il divario si è ancor più accentuato, a causa dell'emanazione di un'imponente legislazione d'emergenza e dello sviluppo di una giurisdizione parimenti d'emergenza, l'una e l'altra alimentate da spinte irrazionalistiche e illiberali.

Abbiamo così tre sotto-sistemi penali e processuali, autonomi anche se variamente interferenti: il primo sottoposto in via di principio alle classiche garanzie della stretta legalità, della responsabilità personale, del contraddittorio e della presunzione d'innocenza, anche se di fatto smentite da forme di legalità attenuata che lasciano largo spazio alla discrezionalità giudiziaria; il secondo espressamente sottratto a tali garanzie, pur se incidente al pari del primo sulla libertà delle persone, e informato a mere ragioni di sicurezza e a schemi sostanzialistici di discrezionalità amministrativa; il terzo sviluppatosi per via non solo legislativa ma prevalentemente giurisprudenziale in eccezione al primo e ispirato, talora apertamente, al criterio decisionistico della giustificazione dei mezzi da parte dei fini. Delle molteplici deroghe e lesioni recate al modello garantista in ciascuno di que-

sti sotto-sistemi cercherò di fornire un inventario sommario ma il più possibile completo. L'alternativa tra garantismo e autoritarismo, oltre a configurarsi come un'alternativa teorica tra modelli diversi di ordinamento penale, sarà conseguentemente utilizzata per interpretare l'insieme di tutte le opposizioni rintracciabili entro il medesimo ordinamento tra principi di legittimazione e prassi, tra normatività ed effettività, tra modello costituzionale e funzionamento concreto delle istituzioni penali.

Tali opposizioni non si sono attenuate, ma per taluni aspetti si sono addirittura aggravate, a seguito delle due principali riforme in materia approvate negli anni passati: la riforma penitenziaria e quella del codice di procedura penale, avvenute l'una all'inizio e l'altra alla fine della stagione legislativa dell'emergenza e da questa stagione entrambe condizionate. Queste riforme, la seconda delle quali dovrebbe entrare in vigore al momento dell'uscita di questo libro, rappresentano sicuramente un progresso rispetto alla durezza, all'iniquità e all'inefficienza del vecchio regime. Esse hanno però ridisegnato il nostro sistema punitivo secondo forme ancor più lontane, a causa dello spazio affidato a meccanismi variamente premiali e transattivi, dal paradigma classico della stretta legalità, dell'uguaglianza e della certezza del diritto penale. Da un lato, infatti, esse hanno incrinato il nesso legale tra pena e reato ancorando di fatto le pene, più che alle condotte criminose dei rei, a quelle processuali degli imputati e a quelle carcerarie dei detenuti; dall'altro, hanno ampliato enormemente i margini di discrezionalità del diritto penale nella fase pre-giudiziaria delle indagini preliminari e dei patteggiamenti e in quella post-giudiziaria dell'esecuzione, depotenziando il momento propriamente giurisdizionale del dibattimento e accrescendo la divaricazione tra normatività delle pene edittali ed effettività di quelle irrogate e scontate. È chiaro che questo mutamento di paradigma, operato al di fuori di una diretta riforma del codice penale sostanziale, rende oggi ancor più urgente una riflessione sui fondamenti assiologici dell'insieme.

5. La differenziazione interna all'ordinamento di cui ho ora parlato non è propria soltanto del diritto penale. Essa riflette le antinomie, presenti in tutti i settori di un ordinamento giuridico complesso, tra principi di livello normativo superiore e norme e prassi di livello inferiore: i primi contraddistinti da un certo grado d'ineffettività, le seconde da un grado corrispondente d'invalidità o d'illegittimità. Le antinomie sono particolarmente

gravi nel diritto penale: sia perché questo incide direttamente sulle libertà dei cittadini, sia perché in questa materia la distanza tra principi costituzionali e legislazione, e tra legislazione e giurisdizione, ha raggiunto in Italia misure allarmanti, risolvendosi nello svuotamento di fatto di gran parte delle garanzie e nello sviluppo incontrollato dell'arbitrio. Sarà tuttavia possibile mostrare che un grado irriducibile di incoerenza tra principi normativi superiori e prassi effettive inferiori, tanto maggiore non solo quanto più basse sono le seconde ma anche quanto più alte sono le aspettative create dai primi, costituisce un carattere strutturale e fisiologico — il limite, ma anche il maggior pregio — del moderno stato di diritto; che d'altra parte, per quanto estesa sia in un ordinamento l'incorporazione normativa di diritti e valori politici «fondamentali», essa è pur sempre limitata, relativa e imperfetta a causa se non altro del divario, oltre certi limiti irriducibile, tra la loro enunciazione e le tecniche garantiste idonee ad assicurarne l'attuazione; che conseguentemente questi divari tra essere e dover essere *nel* diritto rispetto ai suoi parametri di legittimazione interna e tra essere e dover essere *del* diritto rispetto ai suoi fondamenti di giustificazione esterna, rappresentano, non solo nel diritto penale ma più in generale nel diritto pubblico, dei fattori ineliminabili anche se riducibili d'illegittimità giuridica e politica di tutti i poteri statali.

E su queste basi che nella quinta parte ho voluto formulare, enucleandoli dalle parti precedenti, taluni elementi a mio parere essenziali di una teoria generale del garantismo. Molte delle riflessioni teoriche e filosofiche sviluppate in questo libro, per quanto sollecitate dall'attuale dissesto del nostro diritto penale, possono infatti essere estese anche ad altri settori del diritto pubblico, parimenti investiti da una crisi strutturale delle garanzie dello stato di diritto. Anche per gli altri settori dell'ordinamento e per i diritti ad essi relativi si possono configurare sistemi più o meno garantisti o autoritari, a seconda dei modelli di razionalità e di giustizia assunti come fondamento, degli schemi di legalità positivamente elaborati e magari costituzionalizzati, e del funzionamento concreto delle istituzioni. E anche per essi la divaricazione ineliminabile tra dover essere ed essere *del* e *nel* diritto — qui tematizzata da un lato con la separazione giuspositivistica tra diritto e morale o tra validità e giustizia, dall'altro con quella tra validità, vigore ed effettività entro l'ordinamento giuridico — ha un valore teorico e metodologico di carattere generale. Questo libro, del resto, è nato come parte di un originario e non accantonato programma di una teoria del diritto, e ha

finito così per includere molti temi e problemi di carattere generale.

Accennerò al principale di questi temi: il nesso, che caratterizza lo stato di diritto, tra garanzie giuridiche e legittimazione politica, e per altro verso tra forme legali e democrazia sostanziale. Le garanzie — non solo penali — sono vincoli normativi idonei ad assicurare effettività ai diritti soggettivi e più in generale ai principi assiologici sanciti dalle leggi. Nel diritto penale, ove tutelano la libertà del cittadino contro le proibizioni indeterminate e le condanne arbitrarie, esse consistono soprattutto, come si vedrà, nella stretta legalità dei reati e nella verità formale del loro accertamento processuale. Ma è chiaro che, con il mutare dei diritti fondamentali oggetto di tutela, mutano anche le tecniche normative apprestate come loro garanzie: se ai *diritti di libertà* (o «diritti di» o «da») corrispondono *garanzie negative* consistenti in limiti o *divieti* di fare, ai *diritti sociali* (o «diritti a») corrispondono *garanzie positive* consistenti in *obblighi* di prestazioni individuali o sociali. In tutti i casi l'elaborazione delle garanzie, cioè dei meccanismi istituzionali volti ad assicurare la massima corrispondenza tra normatività ed effettività nella tutela o nella soddisfazione dei diritti, forma il compito più importante e difficile sia di una teoria che di una politica garantista del diritto. Si capisce che, così inteso, il «garantismo» non ha nulla a che fare con il mero legalismo, o formalismo o proceduralismo. Esso consiste bensì nella tutela dei diritti fondamentali: i quali — dalla vita alla libertà personale, dalle libertà civili e politiche alle aspettative sociali di sussistenza, dai diritti individuali a quelli collettivi — rappresentano i valori, i beni e gli interessi, materiali e prepolitici, che fondano e giustificano l'esistenza di quegli «artifici» — come li chiamò Hobbes — che sono il diritto e lo stato, e il cui godimento da parte di tutti forma la base sostanziale della democrazia.

Desidero ringraziare i molti amici e colleghi con i quali ho discusso, in tutto o in parte, il mio lavoro e che mi hanno fornito, con le loro critiche ed osservazioni, uno stimolo costante alla riflessione, all'approfondimento e talora alla correzione delle tesi in esso sviluppate: innanzitutto Norberto Bobbio, al cui insegnamento devo gran parte della mia formazione; inoltre, per i loro incoraggiamenti e le loro sollecitazioni critiche, Perfecto Andrés Ballester, Pino Ferraris, Vittorio Foa, Giulio Illu-

minati, Marco Pivetti, Eligio Resta, Rossana Rossanda, Luigi Saraceni, Uberto Scarpelli, Salvatore Senese e, in particolare, Danilo Zolo.

aprile 1989

L.F.

Capitolo tredicesimo

COS'È IL GARANTISMO

56. Tre significati di 'garantismo'.

1. *Lo stato di diritto: livelli di norme e livelli di delegittimazione.* Abbiamo visto come il modello penale garantista, benché recepito nella Costituzione italiana come in altre Costituzioni quale parametro di razionalità, di giustizia e di legittimità dell'intervento punitivo, è nella pratica largamente disatteso: sia che si consideri la legislazione penale ordinaria, sia che si considerino la giurisdizione o peggio ancora le prassi amministrative e poliziesche. Queste divaricazioni tra normatività del modello a livello costituzionale e sua ineffettività ai livelli inferiori rischia di farne una semplice lustra, con mere funzioni di mistificazione ideologica dell'insieme. L'orientamento che da qualche anno va sotto il nome di «garantismo» è nato in campo penale come una replica allo sviluppo crescente di tale divario nonché alle culture giuridiche e politiche che l'hanno avallato, occultato e alimentato, quasi sempre in nome della difesa dello stato di diritto e dell'ordinamento democratico. Della parola «garantismo» è ora possibile distinguere tre significati, diversi ma tra loro connessi, che corrispondono ad altrettanti temi trattati nelle prime tre parti di questo libro ma che possono essere estesi a tutti i campi dell'ordinamento giuridico.

Secondo un primo significato, «garantismo» designa un *modello normativo di diritto*: precisamente, per quanto riguarda il diritto penale, il modello di «stretta legalità» *SG* proprio dello *stato di diritto*, che sul piano epistemologico si caratterizza come un sistema cognitivo o di potere minimo, sul piano politico come una tecnica di tutela idonea a minimizzare la violenza e a massimizzare le libertà, e sul piano giuridico come un sistema di vincoli imposti alla potestà punitiva dello stato a garanzia dei diritti dei cittadini. È conseguentemente «garantista» ogni siste-

ma penale che si conforma normativamente a tale modello e che lo soddisfa effettivamente.

Trattandosi di un modello limite, si dovrà peraltro parlare, piuttosto che di sistemi garantisti o antigarantisti *tout court*, di *gradi* di garantismo; e inoltre distinguere sempre tra il modello costituzionale e il funzionamento effettivo del sistema. Diremo per esempio che il grado di garantismo del sistema penale italiano è decisamente elevato se si considerano i suoi principi costituzionali, mentre è sceso a livelli bassissimi se si considera la sua pratica effettiva. E misureremo la bontà di un sistema costituzionale soprattutto dai meccanismi di invalidazione e di riparazione idonei, in via generale, ad assicurare effettività ai diritti normativamente proclamati: una Costituzione può essere avanzatissima per i principi e i diritti da essa sanciti e restare tuttavia un pezzo di carta ove difetti di tecniche coercitive — ossia di *garanzie* — che consentano il controllo e la neutralizzazione del potere e del diritto illegittimo.

2. *Teoria del diritto e critica del diritto.* In un secondo significato «garantismo» designa una *teoria giuridica* della «validità» e dell'«effettività» come categorie distinte non solo tra loro ma anche dall'«esistenza» o «vigore» delle norme. In questo senso la parola garantismo esprime un approccio teorico che mantiene separati l'«essere» e il «dover essere» nel diritto; ed anzi tematizza, come questione teorica centrale, la divaricazione esistente negli ordinamenti complessi tra modelli normativi (tendenzialmente garantisti) e prassi operative (tendenzialmente anti-garantiste), interpretandola con l'antinomia — entro certi limiti fisiologica ed oltre tali limiti patologica — che sussiste tra validità (e ineffettività) dei primi ed effettività (e invalidità) delle seconde.

Un approccio siffatto non è né puramente «normativistico» né puramente «realistico»: la teoria che esso vale a fondare è infatti una *teoria della divaricazione* tra normatività e realtà, tra diritto valido e diritto effettivo l'uno e l'altro vigenti. Quella sviluppata in questo libro è per esempio una teoria garantista del diritto penale al tempo stesso normativistica e realistica: riferita al funzionamento effettivo dell'ordinamento quale si esprime nei suoi livelli più bassi, essa vale a rivelarne i lineamenti di validità e soprattutto d'invalidità; riferita ai modelli normativi quali si esprimono nei suoi livelli più alti, essa è idonea a rivelarne il grado di effettività e soprattutto d'ineffettività. Sotto entrambi gli aspetti il garantismo opera come dottrina giuridica di legittimazione e soprattutto di delegittimazione in-

terna del diritto penale, che richiede ai giudici e ai giuristi una costante tensione *critica* verso le leggi vigenti, a causa del duplice punto di vista che l'approccio metodologico qui delineato comporta nella loro applicazione come nella loro esplicazione: il punto di vista normativo o prescrittivo del diritto valido, e il punto di vista fattuale o descrittivo del diritto effettivo.

Questa prospettiva critica non è esterna, o politica o meta-giuridica, ma interna, scientifica e giuridica: nel senso che assume come universo del discorso giuridico l'intero diritto positivo vigente, non obliterandone le antinomie ma evidenziandole, e così delegittimando dal punto di vista normativo del diritto valido i profili illiberali e i momenti d'arbitrio del diritto effettivo. Essa è peraltro inconsueta nella scienza e nella pratica giuridica, ove un malinteso giuspositivismo conforta di solito atteggiamenti acriticamente dogmatici e contemplativi nei riguardi del diritto positivo e suggerisce al giurista il compito di coprirne o farne quadrare le antinomie piuttosto che quello di esplicitarle e di denunciarle. E lo è più ancora nella cultura politica e nel senso comune, dove prevale di solito l'ossequio al diritto vigente come che sia e ai suoi modi anche illegali di funzionamento pratico. In contrasto con le immagini edificanti dei sistemi giuridici offerte dalle loro raffigurazioni normative e con la fiducia aprioristica diffusa dalla scienza giuridica nella coerenza tra normatività ed effettività, la prospettiva garantista sollecita invece il dubbio, lo spirito critico e l'incertezza permanente sulla validità delle leggi e delle loro applicazioni, nonché la consapevolezza del carattere in larga misura ideale — e comunque irrealizzato e da realizzare — delle loro stesse fonti di legittimazione giuridica.

3. *Filosofia del diritto e critica della politica.* Secondo un terzo significato, infine, «garantismo» designa una *filosofia politica* che richiede al diritto e allo stato l'onere della giustificazione esterna sulla base dei beni e degli interessi alla cui tutela o garanzia essi sono finalizzati. In quest'ultimo senso il garantismo presuppone la dottrina laica della separazione tra diritto e morale, tra validità e giustizia, tra punto di vista interno e punto di vista esterno nella valutazione dell'ordinamento, ovvero tra «essere» e «dover essere» del diritto. Ed equivale all'assunzione, ai fini della legittimazione e della delegittimazione etico-politica del diritto e dello stato, del solo punto di vista *esterno*.

Questo punto di vista fu proprio, come abbiamo mostrato, del pensiero illuminista e della «scienza della legislazione» da esso elaborata alle origini del moderno stato di diritto; ed è co-

mune, d'altra parte, ad ogni prospettiva non conservatrice, sia essa riformatrice o rivoluzionaria. Più in generale, l'assunzione di un punto di vista esterno o politico non appiattito su quello interno o giuridico forma il presupposto di ogni dottrina democratica dei poteri dello stato, e non solo del potere penale. In un duplice senso: perché quello esterno è il punto di vista del basso o *ex parte populi*, rispetto a quello interno che è il punto di vista dell'alto o *ex parte principis*; e perché esso esprime i valori extra- o meta- o pre-giuridici «fondanti», ovvero gli interessi e i bisogni «naturali» — individuali e collettivi — la cui soddisfazione rappresenta la giustificazione o ragion d'essere di quelle cose «artificiali»¹ che sono le istituzioni giuridiche e politiche. Laddove lo smarrimento di un autonomo punto di vista esterno o peggio la sua esplicita confusione con quello interno formano il connotato specifico di tutte le culture politiche autoritarie, in vario modo accomunate dall'idea dell'auto-fondazione e dell'auto-justificazione del diritto e dello stato come valori in sé: non mezzi, ma essi stessi fini. Aggiungo che l'onere della giustificazione esterna è idoneo a fondare dottrine politiche che consentono giustificazioni non assolute o totali, ma contingenti, parziali, a-posteriori e condizionate non solo, come si è visto nel capitolo VI, del diritto penale, ma più in generale del diritto e dello stato.

4. *Una teoria del garantismo.* Questi tre significati di «garantismo», di cui finora ho fornito una connotazione solamente penale, hanno a mio parere una portata teorica e filosofica generale che merita ora di essere esplicita. Essi delineano, infatti, gli elementi di una teoria generale del garantismo: il carattere vincolato del potere pubblico nello stato di diritto; la divaricazione tra validità e vigore prodotta dai dislivelli di norme e un qualche grado irriducibile d'illegittimità giuridica delle attività normative di livello inferiore; la distinzione tra punto di vista esterno (o etico-politico) e punto di vista interno (o giuridico) e la connessa divaricazione tra giustizia e validità; l'autonomia e il primato del primo e un qualche grado irriducibile d'illegittimità politica rispetto ad esso delle istituzioni vigenti. Questi elementi non valgono solo nel diritto penale, ma anche negli altri settori dell'ordinamento. Anche per questi è quindi possibile elaborare, con riferimento ad altri diritti fondamentali e ad altre tecniche e criteri di legittimazione, modelli di giustizia e modelli garantisti di legalità — di diritto civile, amministrativo, costituzionale, internazionale, del lavoro — strutturalmente analoghi a quello penale qui elaborato. Ed anche per essi le categorie sud-

dette, nelle quali si esprime l'approccio garantista, rappresentano strumenti essenziali per l'analisi scientifica e per la critica interna ed esterna delle antinomie e delle lacune — giuridiche e politiche — che consentono di rilevare.

Il principale presupposto metodologico di una teoria generale del garantismo resta peraltro la separazione tra diritto e morale, e più in generale tra essere e dover essere, nei molteplici sensi elucidati nel par. 15. Questa separazione, elaborata alle origini dello stato di diritto dal pensiero illuminista, dev'essere da essa tematizzata in tutta la sua portata — epistemologica, teorica e politica — quale oggetto privilegiato d'indagine ai diversi livelli dell'analisi giuridica: quello meta-giuridico del rapporto tra diritto e valori etico-politici esterni, quello giuridico del rapporto tra principi costituzionali e leggi ordinarie e tra leggi e loro applicazioni, e quello sociologico del rapporto tra diritto nel suo insieme e pratiche effettive. Solo il riconoscimento del divario — insuperabile perché legato alla struttura deontica delle norme — tra normatività ed effettività consente infatti d'impostare l'analisi dei fenomeni giuridici sfuggendo alla duplice fallacia, naturalistica e normativistica, dell'assunzione dei fatti come valori o al contrario dei valori come fatti. Questa doppia fallacia è alla base delle molte cadute ideologiche che caratterizzano la storia della cultura non solo penalistica ma più in generale giuridica: sia delle filosofie della giustizia, per quanto concerne il rapporto tra essere e dover essere del diritto e quindi il problema della giustificazione esterna o politica; sia delle teorie del diritto, per quanto concerne il rapporto tra essere e dover essere nel diritto e quindi il problema della validità interna o giuridica. Una teoria del garantismo, oltre a fondare la critica del diritto positivo rispetto ai suoi parametri di legittimazione esterna ed interna, è dunque anche una critica delle ideologie: delle ideologie politiche, siano esse giusnaturalistiche o etico-formalistiche, le quali confondono, sul piano politico esterno, la giustizia con il diritto, o peggio viceversa; e delle ideologie giuridiche, siano esse normativistiche o realistiche, che parallelamente confondono, sul piano giuridico o interno, la validità con il vigore o al contrario l'effettività con la validità.

57. A) *Un modello di diritto. Stato di diritto e democrazia.*

1. *Lo stato di diritto: governo 'per leges' e governo 'sub lege'. Legittimazione formale e legittimazione sostanziale.* Nel primo dei tre significati sopra distinti, il «garantismo» è il principale connotato

funzionale di quella specifica formazione moderna che è lo *stato di diritto*

«Stato di diritto» è uno di quei concetti ampi e generici che hanno molteplici e svariate ascendenze nella storia del pensiero politico: l'idea, risalente a Platone e ad Aristotele, del «governo delle leggi» contrapposto al «governo degli uomini»², la dottrina medioevale della fondazione giuridica della sovranità, il pensiero politico liberale sui limiti dell'attività dello stato e sullo stato minimo, la dottrina giusnaturalistica del rispetto delle libertà fondamentali da parte del diritto positivo, il costituzionalismo inglese e nord-americano, la tesi della separazione dei poteri, la teoria giuridica dello stato elaborata dalla scienza giuspubblicistica tedesca del secolo scorso e poi dal normativismo kelseniano. Secondo una distinzione suggerita da Norberto Bobbio, esso può voler dire due cose: governo «*sub lege*» o sottoposto alle leggi, o governo «*per leges*» o mediante leggi generali ed astratte³. Almeno nel campo del diritto penale, «stato di diritto» designa entrambe le cose: il potere giudiziario di accertare e di punire i reati è infatti *sub lege* tanto quanto il potere legislativo di definirli è esercitato *per leges*; e il potere legislativo è esercitato *per leges* in quanto a sua volta è *sub lege*, cioè è prescritta dalla legge costituzionale la riserva di legge generale ed astratta in materia penale.

Potere «*sub lege*» può d'altra parte intendersi in due sensi diversi: nel senso debole, o lato, o formale che qualunque potere deve essere *conferito* dalla legge ed esercitato nelle forme e con le procedure da essa stabilite; e nel senso forte, o stretto, o sostanziale che qualunque potere deve essere *limitato* dalla legge che ne condiziona non solo le forme ma anche i contenuti. Direi che il primo di questi significati corrisponde all'uso tedesco di «*Rechtsstaat*», mentre il secondo corrisponde all'uso inglese di «*rule of law*» e a quello italiano di «*stato di diritto*»⁴. Nel primo senso sono stati di diritto tutti gli ordinamenti, anche autoritari o peggio totalitari, in cui comunque *lex facit regem* e il potere ha una fonte e una forma legale⁵; nel secondo senso, che implica il primo, lo sono invece solo gli stati costituzionali — e in particolare quelli a costituzione rigida come è tipicamente quello italiano — i quali incorporano, nei livelli normativi superiori, limiti non solo formali ma anche sostanziali all'esercizio di qualunque potere. Possiamo grosso modo associare questi due significati di «stato di diritto» alle due nozioni qui elaborate del principio di legalità: alla legalità in senso lato, o *validità formale*, che richiede soltanto che di ogni potere siano legalmente predefiniti i soggetti titolari e le forme di esercizio; e alla legalità

in senso stretto, o *validità sostanziale*, che esige altresì che ne siano legalmente preordinate e circoscritte, mediante obblighi e divieti, le materie di competenza e i criteri di decisione.

Il termine «stato di diritto» viene qui usato nel secondo di questi due significati; e in questo senso è sinonimo di «garantismo». Esso designa perciò non semplicemente uno «stato legale» o «regolato da leggi», ma un modello di stato nato con le moderne Costituzioni e caratterizzato: a) sul piano formale dal principio di *legalità*, in forza del quale ogni pubblico potere — legislativo, giudiziario e amministrativo — è subordinato a leggi generali ed astratte che ne disciplinano le forme di esercizio e la cui osservanza è sottoposta a controllo di legittimità da parte di giudici da esso separati e indipendenti (la Corte costituzionale per le leggi, i giudici ordinari per le sentenze, i tribunali amministrativi per i provvedimenti); b) sul piano sostanziale dalla funzionalizzazione di tutti i poteri dello stato alla garanzia dei *diritti fondamentali* dei cittadini, attraverso l'incorporazione limitativa nella sua Costituzione dei doveri pubblici corrispondenti, cioè dei divieti di lesione dei diritti di libertà e degli obblighi di soddisfazione dei diritti sociali, nonché dei correlativi poteri dei cittadini di attivarne la tutela giudiziaria. Come si è visto nei par. 26.3, 28.3 e 37.3, la prima di queste due condizioni rappresenta la fonte di *legittimazione formale* di ciascun potere; la seconda la sua fonte di *legittimazione sostanziale*. Grazie a queste due fonti non esistono, nello stato di diritto, poteri sregolati e atti di potere incontrollabili: tutti i poteri sono in esso limitati da doveri giuridici, relativi non solo alla forma ma anche ai contenuti del loro esercizio, la cui violazione è causa giustiziabile d'invalidità degli atti e, almeno in teoria, di responsabilità dei loro autori.

Riprendendo una tesi formulata nel par. 28.3, possiamo a questo punto identificare in via generale queste due fonti di legittimazione con i due modelli di legalità, logicamente diversi, che ho più volte distinto in questo libro con riguardo al solo diritto penale: con la *legalità in senso lato*, in forza della quale la legge è condizionante (secondo la formula «nulla poena... sine lege») e con la *legalità in senso stretto*, in forza della quale la legge è condizionata (secondo la formula «nulla lex sine...»). Il principio di mera legalità si limita infatti ad esigere che l'esercizio di qualunque potere abbia come fonte la legge quale condizione *formale* di legittimità; il principio di stretta legalità esige invece dalla legge medesima che essa condizioni la legittimità dell'esercizio di qualunque potere da essa istituito a determinati con-

tenuti sostanziali. Nel diritto penale, ove il diritto fondamentale in gioco è l'immunità del cittadino da proibizioni e punizioni arbitrarie, questi contenuti sostanziali sono stati individuati nella «tassatività» delle ipotesi di reato, che ne comporta da un lato il riferimento empirico ai tre elementi costitutivi espressi dalle garanzie penali e, dall'altro, la loro verificabilità e falsificabilità nelle forme espresse dalle garanzie processuali. Negli altri settori dell'ordinamento i diritti fondamentali oggetto di tutela sono diversi; ma anch'essi, se garantiti costituzionalmente, si configurano come vincoli di validità alla legalità ordinaria la quale perciò ne risulta parimenti caratterizzabile come stretta legalità. In tutti i casi si può dire che la *mera legalità*, limitandosi a subordinare tutti gli atti alla legge quale che sia, coincide con la loro *legittimazione formale*; mentre la *stretta legalità*, subordinando tutti gli atti comprese le leggi ai contenuti dei diritti fondamentali, coincide con la loro *legittimazione sostanziale*.

2. *Democrazia e stato di diritto: 'chi' può e 'come' si deve decidere, 'che cosa' si deve e 'che cosa non' si deve decidere.* La distinzione tra legittimità formale e legittimità sostanziale, ovvero tra condizioni formali e condizioni sostanziali imposte al valido esercizio del potere, è essenziale per chiarire la natura del rapporto tra *democrazia politica* e *stato di diritto* negli ordinamenti moderni. Condizioni formali e condizioni sostanziali di validità formano l'oggetto di due diversi tipi di regole: le regole su *chi* può e su *come* si deve decidere, e le regole su *che cosa* si deve o non si deve decidere. Le regole del primo tipo riguardano la forma di governo, quelle del secondo la struttura del potere. Dalla natura delle prime dipende il carattere politicamente *democratico* (o invece monarchico, o oligarchico, o burocratico) del sistema politico; dalla natura delle seconde dipende il carattere di *diritto* (o al contrario assoluto, o totalitario ovvero più o meno di diritto) del sistema giuridico.

La nostra Costituzione, per esempio, contiene regole sia del primo che del secondo tipo, che valgono, rispettivamente, a caratterizzare il nostro ordinamento come stato «democratico» e come stato «di diritto». Le regole della democrazia politica sono quelle, contenute prevalentemente nella seconda parte, che disciplinano le forme di espressione della sovranità popolare definendo *chi* decide e *come* si decide e stabilendo a tal fine competenze e procedure: tali sono le norme sul suffragio universale per l'elezione degli organi legislativi, il principio di maggioranza nella formazione delle loro decisioni, i vari metodi di elezione indiretta, a seconda delle loro diverse funzioni, degli altri organi

dello stato, e simili. Le regole dello stato di diritto sono invece quelle, contenute prevalentemente nella prima parte, che garantiscono i diritti fondamentali dei cittadini, stabilendo *che cosa* non si deve oppure si deve decidere e impartendo a tal fine divieti ed obblighi ai poteri dello stato: da un lato i divieti di sopprimere o limitare, se non nelle forme e nei casi tassativamente previsti, la libertà personale, l'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza, la libertà d'opinione, i diritti di riunione, di associazione, di culto e di circolazione; dall'altro gli obblighi di rimuovere le disuguaglianze sociali, di promuovere le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro, di proteggere le minoranze linguistiche, di assicurare l'istruzione e la salute, di mantenere ed assistere gli inabili al lavoro e quanti sono sprovvisti di mezzi di sussistenza. Si può aggiungere che di solito la violazione delle regole del primo tipo è causa d'inesistenza o non vigore, mentre quella delle regole del secondo tipo è causa d'invalidità delle norme prodotte; e che la caratteristica strutturale dello stato di diritto rispetto al mero stato legale è la possibile divergenza tra validità e vigore, ossia l'esistenza di norme vigenti ma invalide perché conformi alle regole del primo tipo e difformi da quelle del secondo.

È superfluo ricordare che lo stato moderno è nato storicamente come stato di diritto, ben prima che come stato democratico; come monarchia costituzionale e non come democrazia rappresentativa. Più esattamente, esso è nato come stato di diritto limitato da divieti (o doveri negativi di non fare) e non anche vincolato ad obblighi (o doveri positivi di fare). Il nucleo essenziale delle prime carte fondamentali — dall'antica *Magna Charta* inglese alle dichiarazioni settecentesche dei diritti, fino agli statuti e alle Costituzioni dell'Ottocento — è formato da regole sui limiti del potere e non sulla sua fonte o le sue forme di esercizio. Ma anche assiologicamente, e non solo cronologicamente, la limitazione legale del potere sovrano precede la sua fondazione democratico-rappresentativa. La prima regola di ogni patto costituzionale sulla convivenza civile non è infatti che su tutto si deve decidere a maggioranza, ma che non su tutto si può decidere (o non decidere), neanche a maggioranza. Nessuna maggioranza può decidere la soppressione (o non decidere la protezione) di una minoranza o di un singolo cittadino. Sotto questo aspetto lo stato di diritto, inteso come sistema di limiti sostanziali imposti legalmente ai pubblici poteri a garanzia dei diritti fondamentali, si contrappone allo stato assoluto, sia esso autocratico o democratico. Anche la democrazia politica più perfetta, rappresentativa o diretta, è infatti un regime assoluto e

totalitario se il potere del popolo è in essa illimitato. Le sue regole sono senz'altro le migliori per determinare chi può decidere e come deve decidere, ma non bastano a legittimare qualsiasi decisione o non decisione. Neppure all'unanimità un popolo può decidere (o consentire che si decida) che un uomo muoia o sia privato senza colpa della sua libertà, che pensi o scriva o non pensi o non scriva in un dato modo, che non si riunisca o non si associ con altri, che sposi o non sposi una data persona o resti ad essa indissolubilmente legato, che abbia o non abbia figli, che faccia o non faccia il tale lavoro, o altre simili cose. La garanzia di questi diritti vitali è la condizione indispensabile della convivenza pacifica. Per questo la loro lesione da parte dello stato giustifica non semplicemente la critica o il dissenso, come per le questioni non vitali su cui vale la regola della maggioranza, ma la resistenza all'oppressione, fino alla guerra civile. «Su questioni di esistenza», è stato detto, «non ci si lascia mettere in minoranza»⁶.

Il pensiero giusnaturalistico e contrattualistico dell'Illuminismo formulò questa regola primaria del rapporto tra stato e cittadino e della civile convivenza tra maggioranza e minoranze, concependo i diritti vitali dell'uomo come «naturali» e la loro garanzia come condizione di legittimità di quell'«uomo artificiale che è lo stato» e del patto sociale da esso assicurato. La grande innovazione istituzionale da cui è nato lo stato di diritto fu però la positivizzazione e costituzionalizzazione di questi diritti attraverso quella che nel par. 26.4 ho chiamato «incorporazione limitativa» nell'ordinamento giuridico di corrispondenti doveri imposti all'esercizio dei pubblici poteri. È con la stipulazione costituzionale di tali pubblici doveri che i diritti naturali diventano diritti positivi *inviolabili*, e muta perciò la struttura dello stato, non più assoluto ma limitato e condizionato. «La dichiarazione dei diritti», dice l'art. 1 della seconda parte della Costituzione francese del 1795, «contiene le obbligazioni dei legislatori»⁷. Queste obbligazioni, tanto quanto ne è effettivamente esigibile la soddisfazione, formano le *garanzie* del cittadino: che sono contro la maggioranza, essendo poste contro qualunque potere a tutela soprattutto dei singoli e delle minoranze che non hanno potere; e sono contro l'utilità generale, avendo come scopo esclusivo la tutela dei diritti individuali⁸. Grazie ad esse il legislatore, anche se è o rappresenta la maggioranza del popolo, non è mai onnipotente, dato che la loro violazione conferisce vigore a norme non solo ingiuste ma anche invalide, e quindi censurabili e sanzionabili non solo politicamente ma anche giuridicamente.

È così che la trasformazione dello stato assoluto in stato di diritto avviene simultaneamente alla trasformazione del suddito in *cittadino*, cioè in un soggetto titolare di diritti non più solo «naturali» ma «costituzionali» nei confronti dello stato, che ne risulta a sua volta vincolato nei suoi confronti. Il cosiddetto *contratto sociale*, una volta tradotto in patto costituzionale, non è più un'ipotesi filosofico-politica, ma un insieme di norme positive che obbligano tra loro lo stato e il cittadino, facendone due soggetti a sovranità reciprocamente limitata.

3. *I diritti fondamentali: libertà e aspettative. Stato di diritto liberale e stato di diritto sociale.* Nella tradizione liberale lo stato di diritto fu concepito come limitato solamente da divieti, a garanzia dei diritti dell'individuo a non essere privato dei beni pre-politici della vita e delle libertà (oltre che della proprietà). Le *garanzie liberali* o *negative* consistono infatti unicamente in doveri pubblici negativi o di non fare — di lasciar vivere e di lasciar fare — aventi per argomento prestazioni negative o non-prestazioni.

Si capisce che il campo più importante di questi divieti di prestazione è quello che riguarda l'uso della forza, e perciò innanzitutto il diritto punitivo, dal diritto penale ordinario al diritto amministrativo di polizia. È in questo campo che le Costituzioni hanno più rigidamente vincolato i pubblici poteri, quali che siano la loro fonte e la loro forma. Nessuna legge, si è appena detto, pur se votata a schiacciante maggioranza, può disporre o consentire che un uomo sia punito senza aver commesso alcun fatto proibito, o per aver commesso atti inoffensivi, o meramente interni o senza colpa; e un cittadino, soprattutto se dissenziente o deviante, non è minimamente garantito dal fatto che la decisione di condannarlo sia presa con il consenso unanime dei suoi concittadini, senza che sia stata raggiunta la prova della sua colpevolezza in un giudizio svolto in contraddittorio con la sua difesa⁹. Le garanzie penali e processuali, come abbiamo detto più volte, non possono essere che un sistema di divieti inderogabili: divieti di punire, di arrestare, di perquisire, di censurare o altrimenti sanzionare, *senza che* ricorrano le condizioni stabilite dalla legge a tutela del cittadino contro il sopruso. Divieti analoghi, del resto, garantiscono i diritti di libertà non solo contro i poteri statali ma anche contro i poteri privati, non consentendone la privazione neppure con il consenso dei loro titolari. Neanche per contratto un uomo può essere obbligato a privarsi della vita o delle libertà fondamentali, riconosciute a ciascuno come diritti «personalissimi»¹⁰. Oltre che *inviolabili* o *inderogabili*, questi diritti sono anche *indisponibili* e

inalienabili: ed è precisamente questo, come meglio diremo nel par. 60.2, che li distingue da ogni altro tipo di diritto, in particolare dal diritto di proprietà e dagli altri diritti patrimoniali, che non sono inviolabili in quanto non sono, ovviamente, inalienabili¹¹.

Accanto ai tradizionali diritti di libertà, le Costituzioni di questo secolo hanno però riconosciuto altri diritti vitali o fondamentali: i diritti già ricordati alla sussistenza, all'alimentazione, al lavoro, alla salute, all'istruzione, all'abitazione, all'informazione e simili¹². A differenza dei diritti di libertà, che sono diritti di (o facoltà di comportamenti propri) cui corrispondono divieti (o doveri pubblici di non fare), questi diritti, che possiamo chiamare «sociali» o anche «materiali», sono diritti a (o aspettative di comportamenti altrui) cui dovrebbero corrispondere obblighi (o doveri pubblici di fare). La nozione liberale di «stato di diritto» dev'essere conseguentemente allargata per includervi anche la figura dello stato vincolato da obblighi oltre che da divieti. Diremo quindi che ove un ordinamento costituzionale incorpori solo divieti, che richiedono prestazioni negative a garanzia dei diritti di libertà, esso si caratterizza come *stato di diritto liberale*; ove invece esso incorpori anche obblighi, che richiedono prestazioni positive a garanzia dei diritti sociali, esso si caratterizza come *stato di diritto sociale*.

Questa dicotomia tra *garanzie liberali negative* e *garanzie sociali positive*, e correlativamente tra i due tipi di norme di diritto pubblico — negative e positive — da cui sono stabilite, mi sembra che esprima la differenza tra stato liberale e stato socialista in maniera assai più appropriata di quanto non facciano altre distinzioni a tal fine elaborate: come quella di Friedrich Hayek tra norme di condotta e norme di organizzazione, o quella di Herbert Hart tra norme primarie che impongono obblighi e norme secondarie che conferiscono poteri¹³. Tale differenza risiede infatti non già nella diversa struttura delle norme in generale, ma solo in quella delle norme di diritto pubblico che disciplinano le attività dello stato, e che qui chiamerò «secondarie» rispetto a tutte le altre che chiamerò «primarie»¹⁴. Possiamo pertanto caratterizzare lo *stato liberale* come uno stato limitato da *norme secondarie negative*, cioè da divieti rivolti ai suoi organi di potere; e lo *stato sociale*, o *socialista*¹⁵, come uno stato vincolato da *norme secondarie positive*, cioè da comandi parimenti rivolti ai pubblici poteri. La tecnica garantista è sempre quella dell'*incorporazione limitativa* di diritti civili e correlativamente di doveri pubblici nei livelli normativi superiori dell'ordinamento: la dichiarazione costituzionale dei diritti dei cittadini, ripetiamo, equivale alla

dichiarazione costituzionale dei doveri dello stato. Muta però profondamente la struttura normativa del potere statale, non (più solo) limitato negativamente da divieti d'impedire i «diritti di», ma (anche) funzionalizzato positivamente da obblighi di soddisfare i «diritti a». E muta altresì la base di legittimazione dello stato: mentre lo stato di diritto liberale deve solo *non peggiorare* le condizioni di vita dei cittadini, lo stato di diritto sociale deve anche *migliorarle*; deve non solo non essere per loro uno svantaggio, ma anche essere un vantaggio. Questa differenza è legata alla diversa natura dei beni assicurati dai due tipi di garanzie. Le garanzie liberali o negative basate su divieti servono a difendere o conservare le condizioni *naturali* o pre-politiche di esistenza: la vita, le libertà, le immunità dai soprusi e, dobbiamo oggi aggiungere, la non nocività dell'aria, dell'acqua e in generale dell'ambiente naturale; le garanzie sociali o positive basate su obblighi consentono invece di pretendere e acquisire condizioni *sociali* di vita: la sussistenza, il lavoro, la salute, la casa, l'istruzione e simili. Le prime sono rivolte al passato ed hanno come tali una funzione conservatrice; le seconde sono rivolte al futuro ed hanno una portata innovatrice.

Ovviamente i due tipi di garanzie e i corrispondenti modelli di stato non si escludono tra loro, come talvolta si afferma in base a ingiustificate contrapposizioni tra libertà individuali e giustizia sociale¹⁶, ma neppure si implicano reciprocamente, come al contrario vagheggiano talune utopie anarchiche o marxiste-leniniste in base all'idea di un qualche nesso indissolubile tra perfetta uguaglianza e piena libertà. I due modelli sono bensì tra loro logicamente indipendenti: possono darsi (e storicamente si sono dati) stati liberali profondamente antisociali, come furono quelli paleocapitalistici del secolo scorso; stati sociali profondamente illiberali, come sono quelli del socialismo reale; stati insieme illiberali e antisociali come le molte dittature fasciste del primo e del terzo mondo che hanno afflitto il nostro secolo; e infine stati almeno normativamente sia liberali che sociali in quanto enunciano e garantiscono sia i diritti fondamentali a prestazioni negative che quelli, parimenti fondamentali, a prestazioni positive.

L'enunciazione costituzionale dei diritti dei cittadini a prestazioni positive da parte dello stato, tuttavia, non è stata accompagnata dall'elaborazione di adeguate *garanzie sociali* o *positive*, cioè da tecniche di difesa e di giustiziabilità paragonabili a quelle apprestate dalle garanzie liberali per la tutela dei diritti di libertà. Le prestazioni positive dello stato a beneficio dei cittadini hanno avuto certamente un enorme sviluppo di fatto, con la

crescita in questo secolo del *Welfare State* e la moltiplicazione delle funzioni pubbliche di tipo economico e sociale. Ma tale sviluppo è avvenuto in gran parte attraverso il semplice allargamento degli spazi di discrezionalità degli apparati burocratici, il gioco sregolato dei gruppi di pressione e delle clientele, la proliferazione delle discriminazioni e dei privilegi nonché di sedi extra-legali, incontrollate ed occulte di potere pubblico e parastato sociale di diritto, cioè caratterizzato — anziché da concessioni — da obblighi tassativamente stabiliti e sanzionati, da diritti chiaramente definiti ed azionabili nei confronti di organi pubblici esattamente individuati, e perciò dalla certezza, dalla legalità e dall'uguaglianza nella soddisfazione delle aspettative.

Tornerò più oltre su questa carenza. Qui basti dire che sul piano teorico essa è dipesa dall'estraneità politica e culturale al pensiero liberale delle nuove figure dei diritti sociali, maturate in campo socialista, e dalla non minore estraneità al pensiero socialista delle categorie garantiste dello stato di diritto, elaborate in campo liberale. Sul piano pratico essa è stato l'effetto, oltre che delle resistenze degli apparati e delle loro vocazioni assolutistiche, di difficoltà oggettive sicuramente superiori a quelle incontrate dallo stato liberale. In primo luogo, infatti, mentre le garanzie liberali richiedono allo stato prestazioni negative consistenti in un non-fare e quindi di per sé non costano nulla, le garanzie sociali richiedono allo stato prestazioni positive, ed hanno quindi un costo economico, sia pure non maggiore per la collettività di quello sostenuto dallo stato sociale burocratico o paternalistico. In secondo luogo, mentre i «diritti di» riflettono lo schema della *facultas agendi*, i «diritti a» riflettono lo schema della *pretesa*; sicché gli uni sono situazioni per così dire attive, nel senso che sono direttamente attivabili e tutelabili con il loro esercizio indisturbato da parte dei loro titolari, mentre gli altri sono situazioni passive, la cui soddisfazione richiede un'attività di altri soggetti. In terzo luogo, laddove la violazione dei pubblici divieti posti a garanzia dei «diritti di» dà luogo ad *antinomie*, cioè a norme vigenti ma invalide, la violazione di pubblici obblighi posti a garanzia dei «diritti a» dà luogo a *lacune*, cioè a mancanza di norme; e se un'antinomia può essere risolta con l'annullamento o la riforma della norma invalida, una lacuna può essere solo colmata con un'attività normativa non sempre facilmente coercibile o surrogabile.

4. *Democrazia formale e democrazia sostanziale. Il garantismo come base della democrazia sostanziale.* Lo stato di diritto, quale risulta

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

E tuttavia, in un senso non formale e politico ma sostanziale e sociale di «democrazia», lo stato di diritto equivale alla democrazia: nel senso che riflette, al di là della volontà della maggioranza, gli interessi e i bisogni vitali di tutti. In questo senso il garantismo, siccome tecnica di limitazione e di disciplina dei pubblici poteri diretta a determinare ciò che essi non devono e ciò che essi devono decidere, può ben essere concepito come il connotato (non formale, ma) strutturale e sostanziale della democrazia: le garanzie, sia liberali che sociali, esprimono infatti i diritti fondamentali dei cittadini contro i poteri dello stato, gli interessi dei deboli rispetto a quelli dei forti, la tutela delle minoranze emarginate o dissenzienti rispetto alle maggioranze integrate, le ragioni del basso rispetto alle ragioni dell'alto. Né c'è differenza, sotto tale aspetto, tra diritti di libertà e diritti sociali: anche i diritti sociali, come è sempre più evidente nei paesi ricchi in cui la povertà tende a divenire una condizione di minoranza, sono diritti individuali virtualmente contrari alla volontà e all'interesse della maggioranza.

Tutto questo giustifica, a mio parere, una ridefinizione del concetto di «democrazia». Chiamerò *democrazia sostanziale* o *sociale* lo «stato di diritto» dotato di effettive garanzie, sia liberali che sociali; e *democrazia formale* o *politica* lo «stato politico rappresentativo», cioè basato sul principio di maggioranza quale fonte di legalità. *Sostanziali*, rispetto a quelle *formali* della democrazia politica, possono essere infatti considerate le norme secondarie che le enunciano: le quali, diversamente dalle norme sul «chi» e sul «come» si deve decidere che riguardano le fonti e le forme di produzione delle norme primarie, riguardano il «che cosa» si deve e non si deve decidere, e perciò i loro contenuti sostanziali. E *sociali*, rispetto a quelle *politiche* in tema di rappresentanza, possono essere considerate le loro funzioni: laddove infatti lo stato rappresentativo comporta che la sovranità risieda nel popolo, e che quindi il suo esercizio sia legittimo in quanto rap-

presenti la volontà della maggioranza, lo stato di diritto richiede che le istituzioni politiche e giuridiche siano strumenti volti alla soddisfazione degli interessi primari di tutti, e siano quindi legittime in quanto concretamente tutelino e realizzino siffatti interessi. Sul piano logico i due modelli di democrazia sono ovviamente indipendenti, essendo tra loro indipendenti i sistemi di garanzie costituzionali diretti ad assicurarli: da un lato le regole idonee ad assicurare, secondo gli schemi formali della *mera legalità*, la manifestazione, diretta o indiretta, della volontà della maggioranza; dall'altro le regole idonee a vincolare, secondo gli schemi sostanziali della *stretta legalità*, gli oggetti che non devono o devono essere materia di decisione, chiunque sia il soggetto decidente e qualunque sia la sua volontà. Ma è anche chiaro, sul piano assiologico, che la democrazia sostanziale incorpora valori più importanti, e comunque pregiudiziali, rispetto a quella formale. Nessuna maggioranza, si è detto, può decidere la soppressione di un innocente o la privazione dei diritti fondamentali di un singolo o di un gruppo minoritario; e neppure può non decidere le misure necessarie perché a un cittadino sia assicurata la sussistenza e la sopravvivenza. Il principio della democrazia politica, relativo al *chi* decide, è insomma subordinato ai principi della democrazia sociale relativi a *cosa non è lecito decidere* e a *cosa non è lecito non decidere*.

Se questo è vero, l'espansione della democrazia, dopo la conquista politica del suffragio universale, potrà avvenire non solo con la moltiplicazione delle sedi anche non politiche nelle quali viene democratizzato formalmente il «chi» e il «come» delle decisioni¹⁸, ma ancor più con l'estensione dei vincoli strutturali e funzionali imposti a tutti i poteri — democratici e burocratici, pubblici e privati — per la tutela sostanziale di sempre nuovi diritti vitali, e insieme con l'elaborazione di nuove tecniche garantiste idonee ad assicurarne una maggiore effettività. Come vedremo nel par. 60, la nozione di «bene» o «diritto vitale» è storica e non naturale, etico-valutativa e non empirico-descrittiva. L'aria che si respira non è mai stata in passato un bene giuridico o un diritto, perché non è mai stata minacciata; sta diventando oggi con i pericoli di guerra atomica, di inquinamenti radioattivi e di altre catastrofi artificiali. Se nell'età liberale furono considerati vitali solo i diritti alla vita e alla libertà e in questo secolo anche i diritti alla casa, al lavoro, all'istruzione e simili, oggi l'elenco dei beni fondamentali si è ulteriormente allungato, essendo cresciuto il numero delle minacce alle condizioni naturali di vita.

Un progetto di democrazia sociale è pertanto tutt'uno con

quello di uno stato sociale di diritto: esso consiste nell'espansione dei diritti dei cittadini e correlativamente dei doveri dello stato, o se si vuole nella massimizzazione delle libertà e delle aspettative e nella minimizzazione dei poteri. Con una formula sommaria possiamo raffigurare un siffatto ordinamento come *stato liberale minimo* e insieme come *stato sociale massimo*: stato (e diritto) minimo nella sfera penale, grazie alla minimizzazione delle restrizioni delle libertà dei cittadini e alla correlativa estensione dei divieti imposti alle sue attività repressive; stato (e diritto) massimo nella sfera sociale, grazie alla massimizzazione delle aspettative materiali dei cittadini e alla correlativa espansione degli obblighi pubblici di soddisfarle. Inutile dire che un simile progetto richiede al sistema politico un aumento di *complessità istituzionale*, e non certo una semplificazione o peggio un'estinzione dello stato come vorrebbero invece le utopie vagheggiate dalla tradizione anarchica e da quella marxista-leninista; e correlativamente esige, dalla scienza del diritto, un'*immaginazione giuridica* non minore di quella espressa dal pensiero riformatore illuminista in tema di diritti di libertà. Se non altro perché le garanzie dei «diritti a», o «materiali» o «sociali», a differenza di quelle dei «diritti di libertà», richiedono l'elaborazione, anziché di tecniche negative d'invalidazione, di meccanismi positivi di erogazione e di controllo delle prestazioni dirette a soddisfarle.

5. *L'aporia dell'irriducibile illegittimità giuridica dei pubblici poteri nello stato di diritto.* È chiaro, in base a quanto detto finora, che quanto più in un ordinamento si espandono i diritti e le garanzie con l'incorporazione di pubblici doveri, tanto maggiore può essere la divaricazione tra normatività ed effettività, tra validità e vigore, tra dover essere ed essere del diritto. È infatti nella natura deontica dei doveri, non importa se imposti a pubblici poteri, la possibilità di essere violati. Ed è nella natura deontica dei valori l'impossibilità addirittura di essere interamente realizzati. L'enunciazione dei diritti fondamentali, come del resto del principio di uguaglianza e per altro verso della rappresentanza, equivale alla stipulazione di valori. E contiene perciò un elemento di utopia, essendo l'*utopia* un aspetto integrante della nozione di *valore*: nel senso che è proprio dei valori il fatto di non essere mai realizzabili perfettamente o una volta per tutte e di ammettere sempre una soddisfazione solo imperfetta, cioè parziale, relativa e contingente. Precisamente per questo i valori sono *universali e imperituri*.

Ne consegue una latente e strutturale *illegittimità giuridica*

dello stato di diritto, dovuta all'ambizione delle promesse formulate ai suoi livelli normativi superiori e non mantenute ai suoi livelli inferiori. Questa illegittimità può raggiungere forme patologiche, allorché le norme di livello superiore sono del tutto ineffettive. Ma anche negli ordinamenti più perfetti esiste sempre un margine magari ristretto, ma irriducibile, di illegittimità del potere basato sulla volontà, sui diritti e sugli interessi popolari, dato che quella volontà, quei diritti e quegli interessi non sono mai realizzati e garantiti interamente. È questa un'aporia insopprimibile di ogni stato di diritto, sconosciuta allo stato assoluto, dove non ci sono promesse o doveri che vincolano giuridicamente i pubblici poteri, e validità e vigore coincidono. Essa affligge lo *stato di diritto liberale*, ove le *antinomie*, o violazioni per commissione, danno luogo alle divaricazioni tra normatività ed effettività che per quanto riguarda il diritto penale sono state illustrate in questo libro; ed affligge ancor più lo *stato di diritto sociale*, dove le *lacune*, o violazioni per omissione, sono a tal punto vistose da far somigliare gli odierni stati sociali di tipo assistenziale e clientelare assai più al *Wohlfahrtsstaat* paternalistico del dispotismo illuminato che non a sistemi giuridici di garanzie. A differenza degli stati assoluti, dotati di una struttura normativa elementare, negli stati di diritto antinomie e lacune sono insomma un fenomeno strutturale, tanto più rilevante quanto più complessi sono i dislivelli tra le diverse attività normative. Per questo, di fronte al problema dell'ineffettività e della conseguente illegittimità nello stato di diritto, è sempre una soluzione regressiva la ricerca della coerenza mediante interpretazioni restrittive delle norme di livello superiore onde renderle compatibili con quelle di livello inferiore, o peggio attraverso riforme della cosiddetta «costituzione formale» onde adeguarla alla cosiddetta «costituzione materiale»¹⁹; mentre è sempre progressiva, anche a costo di veder crescere le incoerenze dell'ordinamento, ogni interpretazione estensiva dei valori costituzionali o meglio ancora ogni loro riformulazione normativa in termini più ricchi e vincolanti.

Il progresso dello stato di diritto e della democrazia sostanziale, difficile e faticoso, consiste ovviamente, ben più che nella crescita delle promesse, nello sviluppo delle garanzie capaci di realizzarle. Poiché il divario tra dover essere ed essere fa parte dell'imperfezione del mondo, tale realizzazione è sempre imperfetta. Ma questo divario è anche la principale forza offerta — almeno sul piano giuridico — ai titolari dei diritti proclamati ma insoddisfatti: nella misura in cui tali diritti sono insoddisfatti essi possono, grazie precisamente alle garanzie, delegittimare i

poteri, invalidarne le azioni o le omissioni, vincolarli alle prestazioni ad essi corrispondenti. In questo senso lo stato di diritto è caratterizzabile come un modello di ordinamento che consente non tanto la legittimazione, quanto soprattutto la delegittimazione giuridica o interna del funzionamento dei pubblici poteri e delle norme da essi prodotte o non prodotte. L'analisi delle forme di questa delegittimazione costituisce uno dei principali problemi teorici di una scienza giuridica garantista. E questo rimanda al nostro secondo significato di «garantismo», al quale è dedicato il prossimo paragrafo.

58. B) Una teoria del diritto. Il diritto illegittimo.

1. *Garantismo e positivismo giuridico.* Se è vero che il garantismo coincide con quella forma di tutela dei diritti vitali dei cittadini che si realizza storicamente attraverso la loro positivizzazione entro lo stato di diritto, esso non è concepibile fuori dell'orizzonte teorico del positivismo giuridico. Quest'orizzonte si è venuto a sua volta delineando entro l'esperienza giuridica e politica moderna. Moderne, più esattamente, sono per un verso la *forma statale del diritto* e, per altro verso, la *forma giuridica dello stato*. Fu infatti in età moderna, con la formazione degli stati nazionali e con lo sviluppo delle *codificazioni*, che si affermò la forma e il monopolio statale della produzione giuridica, ossia il principio che sono giuridiche tutte e solo le norme prodotte dallo stato. E fu di poco successiva, risalendo alle dichiarazioni settecentesche dei diritti e poi agli statuti e alle *costituzioni* che seguiranno in tutto il secolo scorso, l'affermazione della forma e della legittimazione giuridica dello stato, ovverossia della soggezione alla legge di tutti i pubblici poteri secondo le forme sopra analizzate dello «stato di diritto».

Probabilmente non c'è stata, nella storia, nessuna rivoluzione «politico-istituzionale» altrettanto radicale. Per comprenderne la portata basterà ricordare l'opposta natura dell'esperienza giuridica pre-moderna. Il diritto premoderno — dal diritto romano al diritto comune europeo — fu com'è noto un diritto non legislativo, ma giurisprudenziale e dottrinario. Esistevano ovviamente, anche nel diritto premoderno, fonti statutarie che regolavano singoli aspetti o settori della vita civile. Tuttavia queste fonti non erano organizzate entro sistemi unitari, esaustivi e tanto meno esclusivi rispetto a fonti o sistemi di fonti con esse concorrenti. La conseguenza era una pluralità di fonti e di ordinamenti coesistenti e talora confliggenti — chiesa, impero,

feudalità, municipalità, corporazioni e simili — e perciò la confusione, l'incertezza e soprattutto l'incompletezza e l'incoerenza del diritto statutario. Più fonti tra loro in contraddizione, ciascuna di incerta validità e nessuna esclusiva ed esaustiva, equivalgono infatti alla mancanza di un sistema formale di fonti positive. Per questo, al di là delle contingenti fonti statutarie, il diritto vigente rimase essenzialmente il vecchio diritto romano tramandato e arricchito dalla scienza giuridica medievale. In altre parole esso consisteva, più che in un sistema di leggi, in un patrimonio dottrinario o letterario.

Ciò vuol dire che non esisteva, prima della nascita in età moderna del monopolio statale della produzione giuridica, una reale distinzione tra il diritto quale sistema di norme «oggettivo» o «positivo» e la scienza del diritto. Il diritto, a parte le varie confuse fonti statutarie, era costituito dalle stesse opinioni ed elaborazioni dei «dottori», da quelle dei giureconsulti romani tramandate nel *Corpus iuris* a quelle dei successivi giuristi del diritto comune e di quello canonico; e il suo principio di legittimazione non era la formula giuspositivistica *auctoritas, non veritas facit legem*, ma quella opposta, giusnaturalistica, *veritas, non auctoritas facit legem*. Non si comprenderebbe la persistente vitalità epistemologica del giusnaturalismo nella cultura filosofica e giuridica ancora del secolo scorso se non si tenesse conto di questo orizzonte istituzionale dell'esperienza giuridica premoderna. In mancanza di un sistema formalizzato di fonti positive, la fonte di legittimazione del diritto e l'oggetto della scienza giuridica non era il diritto *positum* da una qualche *auctoritas*, ma precisamente la sua *veritas* o *natura*: ossia direttamente la giustizia o il diritto *naturale*, immediatamente attinti, tramite ragione e conoscenza, dalla scienza o sapienza giuridica.

È chiaro che rispetto a questa esperienza la positivizzazione o statalizzazione del diritto rappresentò un enorme progresso, sia sul piano giuridico e politico che su quello epistemologico. La natura giurisprudenziale e dottrinale del diritto valido e la sua identificazione con il diritto naturale o con la giustizia si risolvevano di fatto, nonostante l'apparente razionalità, in una totale incertezza ed arbitrarietà del diritto vigente. La novità del diritto moderno non è tanto nei contenuti (straordinariamente simili, in particolare nel diritto privato, a quelli romani), quanto soprattutto nella forma «legale», o «convenzionale», o «artificiale», ovvero «positiva» del diritto vigente conseguente alla mutata fonte di legittimazione: non più la *veritas*, ma precisamente l'*auctoritas*. E questo, se da un lato comporta la separazione del diritto positivo dalla morale e dalla politica, dall'altro

comporta la separazione della scienza del diritto dal diritto medesimo, che per la prima volta si autonomizza quale «oggetto» o «universo» empirico relativamente indipendente dall'attività dei giuristi. Sotto entrambi gli aspetti il principio di legalità viene a configurarsi come il principio costitutivo dell'esperienza giuridica moderna: in quanto fonte di legittimazione delle norme giuridiche vigenti e per altro verso di quelle valide, esso è infatti costitutivo del moderno diritto positivo e insieme del moderno stato di diritto; in quanto principio di riconoscimento delle medesime norme come empiricamente date o positive, esso è costitutivo della moderna scienza del diritto quale disciplina empirica o positiva, di cui vale a determinare e insieme a circoscrivere l'oggetto.

Più esattamente, inteso quale fonte giuridica di legittimazione, il principio di legalità rappresenta un *postulato giuridico* del giuspositivismo sul quale si basa la funzione garantista del diritto contro l'arbitrio. Si può anzi affermare, con paradosso apparente, che l'idea della legalità come fonte esclusiva ed esaustiva del diritto positivo nacque proprio come un'istanza giusnaturalistica di razionalità e di giustizia. In due sensi, che poi corrispondono ai due modelli di legalità (lata e stretta) e di legittimazione (formale e sostanziale) nei quali il principio è stato qui articolato: da un lato nel senso che la (mera) legalità, quale fonte (formale) del vigore delle norme giuridiche, è una garanzia di certezza e quindi di libertà contro i poteri altrimenti sregolati; dall'altro nel senso che la (stretta) legalità, quale fonte (sostanziale) della validità delle norme medesime, rappresenta una tecnica di positivizzazione e di stabilizzazione dei diritti fondamentali dei cittadini idonea a funzionalizzare alla loro tutela e soddisfazione l'«artificio» statale altrimenti «assoluto».

Inteso quale principio di riconoscimento delle norme giuridiche, il principio di legalità costituisce invece un *postulato meta-scientifico* della scienza giuridica sul quale si basa la possibilità del suo controllo empirico e intersoggettivo. A differenza dell'esperienza giuridica premoderna, ove in mancanza di un sistema di fonti esclusive ed esaustive il diritto si identificava in gran parte con le opinioni dei giuristi che avevano perciò un carattere immediatamente normativo, nell'esperienza giuridica moderna il principio di legalità, consentendo di riconoscere tutte e solo le norme giuridiche positive, rende possibile una scienza giuridica almeno in via di principio descrittiva di un mondo positivo di norme separato da se medesima. Precisamente, come ho mostrato nei parr. 28.1 e 28.2, il principio di mera legalità costituisce una condizione necessaria di una simile scienza, di cui

vale a circoscrivere l'universo-oggetto (positivo, o esistente) mediante l'identificazione di tutte e solo le norme ad esso appartenenti; il principio di stretta legalità, nella misura sempre imperfetta in cui è soddisfatto, ne costituisce altresì una condizione sufficiente, essendo diretto a dotare le norme di denotazione tassativa e quindi a consentire sia pure approssimativamente l'uso delle parole «vero» e «falso» a proposito degli asserti sul diritto. Per inciso, poiché la tassatività è un contenuto solo della stretta legalità penale, solamente nel diritto penale viene postulata, da un'opzione garantista, l'istanza di una scienza giuridica il più possibile rigorosa. In tutti i casi, grazie al principio di legalità, le norme si oggettivizzano come fatti empirici separati dal giurista ed oggetti della sua interpretazione. Solo che questi fatti sono pur sempre fatti normativi e linguistici, regolanti e a loro volta regolati giuridicamente. Ed è proprio da questa ambivalenza che nascono i problemi metateorici e teorici più spinosi di una teoria generale del garantismo.

2. *Giuspositivismo dogmatico e giuspositivismo critico. La critica giuridica del diritto vigente invalido.* «Diritto come norma» e «diritto come fatto» sono le contrapposte divise dei due principali orientamenti — il normativismo e il realismo — nei quali si divide la teoria del diritto contemporanea. In realtà, come ho mostrato nel par. 26, norma e fatto, normatività ed effettività sono meglio concepibili come i due punti di vista, parziali e complementari, dai quali può essere guardato ogni fenomeno giuridico normativo. Ciascuno di questi — almeno negli ordinamenti minimamente complessi, e tipicamente in quelli propri dello stato di diritto — è insieme norma, rispetto ai fatti (anche normativi) che esso regola, e fatto (anche se normativo) rispetto alle norme che lo regolano. Conseguentemente, come si è detto, «diritto vigente» non coincide con «diritto valido»: è vigente, anche se invalida, una norma effettiva che non ottempera tutte le norme che regolano la sua produzione. Né coincide, d'altra parte, con «diritto effettivo»: è vigente, anche se ineffettiva, una norma valida non ottemperata dalle norme di cui regola la produzione.

Chiamo «giuspositivismo dogmatico» ogni orientamento teorico che ignora il concetto di vigore delle norme come categoria indipendente da quelle della validità e dell'effettività: sia gli orientamenti normativisti, che assumono come vigenti soltanto le norme valide; sia gli orientamenti realisti che assumono come vigenti soltanto le norme effettive. Entrambi questi orientamenti sono a mio parere *ideologici* nei due sensi illustrati nei parr. 15.2 e 23.1: il primo perché si limita a contemplare il di-

ritto valido trascurandone la possibile ineffettività; il secondo perché si limita a registrare il diritto effettivo trascurandone la possibile invalidità. Oltre a dar luogo alle aporie di cui ho parlato nel par. 26, essi hanno perciò il difetto di precludersi, per la loro unilateralità, l'uno l'analisi e la critica dell'ineffettività delle norme valide (puramente accettate come vigenti) e dell'effettività delle norme invalide (trascurate come non vigenti), l'altro dell'invalidità delle norme effettive (puramente accettate come vigenti) e della validità delle norme ineffettive (trascurate come non vigenti). Precisamente, un approccio esclusivamente normativistico, limitandosi all'analisi (del significato) delle norme, consente soltanto di descrivere il «dover essere» normativo dei fenomeni giuridici regolati, e non anche il loro «essere» effettivo. Inversamente, un approccio esclusivamente realistico, limitandosi all'osservazione di ciò che accade di fatto, consente solo di descrivere i fenomeni giuridici quali effettivamente «sono», e non anche quali normativamente «devono essere». In ambedue i casi risultano favoriti modelli unidimensionali di scienza giuridica: nel primo caso la contemplazione acritica ed edificante dell'immagine legale (ma purtroppo talora irrealista) che con le sue norme un sistema giuridico dà di se stesso e il suo scambio con l'«essere» del diritto; nel secondo caso la registrazione acritica e rassegnata dei suoi modi di funzionamento reali (ma purtroppo talora illegali) e il loro scambio con il «dover essere» del diritto. L'esito comune è la legittimazione ideologica del diritto invalido vigente: o perché ignorato come non vigente, o perché accreditato come valido.

Una teoria garantista del diritto — non soltanto penale — muove invece dalla distinzione del vigore delle norme sia dalla loro validità che dalla loro effettività²⁰. Questa distinzione, come si è visto a suo tempo, è essenziale per comprendere la struttura normativa dello stato di diritto, caratterizzata: a) dall'appartenenza delle norme vigenti a livelli diversi e gerarchicamente ordinati, ciascuno dei quali si configura come normativo rispetto a quello inferiore e come fattuale rispetto a quello superiore; b) dall'incorporazione nelle norme superiori di obblighi e divieti che disciplinano la produzione delle norme inferiori e la cui ottemperanza è condizione dell'effettività delle prime e della validità delle seconde; c) dalle antinomie prodotte dalle violazioni delle norme superiori da parte di quelle inferiori e dal simultaneo vigore delle une, pur se ineffettive, e delle altre, pur se invalide; d) dalla conseguente illegittimità giuridica che in qualche misura investe sempre i poteri normativi, legislativo e giudiziario, e che è tanto maggiore quanto più ampia ma ineffettiva

è l'incorporazione limitativa di doveri ai livelli più alti dell'ordinamento.

È questa tendenziale e irriducibile illegittimità del potere il tema privilegiato d'indagine di una teoria del diritto d'impostazione garantista: che dunque si configura principalmente come critica del diritto positivo vigente, non meramente esterna, o politica o *de iure condendo*, ma interna, o giuridica o *de iure condito*, perché rivolta ai suoi profili d'ineffettività e d'invalidità. Tale orientamento, che ben possiamo chiamare «giuspositivismo critico», si riflette nel modo di concepire il lavoro del giudice e del giurista, ponendo in questione due dogmi del giuspositivismo dogmatico: la fedeltà del giudice alla legge e la funzione meramente descrittiva e avalutativa del giurista nei riguardi del diritto positivo vigente.

3. *Due dogmi del giuspositivismo dogmatico: l'obbligo del giudice di applicare la legge e l'avalutatività della scienza giuridica.* Il primo di questi due dogmi consiste nell'affermazione, che da Bentham a Kelsen forma un postulato teorico del giuspositivismo, dell'esistenza di un obbligo giuridico del giudice di applicare le leggi vigenti²¹. Dopo quanto detto finora, è evidente che questa tesi, almeno negli stati di diritto dotati di costituzione rigida, non è del tutto vera: tanto quanto le leggi vigenti sono sospette d'invalidità, non esiste neppure per i giudici — anzi, meno che mai per i giudici — un obbligo giuridico di applicarle.

Cosa significa, infatti, che una legge esiste o è in vigore? Significa solo che essa è espressa da un testo legislativo non annullato e può essere quindi applicata mediante provvedimenti validi rispetto ad essa²². Ma ciò non toglie che essa può anche non essere applicata, qualora sia ritenuta invalida dal giudice. In tal caso si dovrebbe anzi dire che questi *deve* non applicarla, se non si trattasse di un dovere puramente potestativo, cioè dipendente dal giudizio d'invalidità da lui stesso operato. In ogni caso, poiché i giudici hanno il potere di interpretare le leggi e di sospendere l'applicazione se le ritengono invalide per contrasto con la Costituzione, non si può dire, a rigore, che essi hanno l'obbligo giuridico di applicarle²³. Che poi una legge sia stata sempre applicata, vuol dire solo che è effettiva, e non anche che è valida, dato che la validità e l'invalidità sono qualificazioni giuridiche del tutto indipendenti dal fatto dell'applicazione. Neppure è rilevante che essa non sia mai stata sospettata d'invalidità, né che sia stata dichiarata valida in precedenti occasioni: l'invalidità non è infatti soggetta a prescrizione, ma può essere eccepita e dichiarata in qualsiasi momento; e la validità non

è mai data per scontata una volta per tutte. È ben vero che l'invalidità di una legge deve essere riconosciuta e dichiarata da un'autorità, di solito diversa dal giudice chiamato ad applicarla come è per esempio, nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale. Ciò equivale a una presunzione di validità, che per ovvi motivi di certezza e di funzionalità assiste ogni legge vigente, consentendo che sia applicata validamente; ma questa presunzione è soltanto relativa, e basta, per superarla, la valutazione critica del giudice stesso che anziché applicarla ne eccepisca l'invalidità.

Il secondo dogma, connesso al primo, riguarda l'atteggiamento del giurista e la funzione della scienza giuridica nei confronti del diritto positivo. Un'idea che accomuna le dottrine giuspositivistiche è quella del carattere avalutativo della scienza giuridica e della non criticabilità dall'interno — ma solo dall'esterno, e in sede morale e politica — delle leggi vigenti. Su questa base Kelsen configura la teoria del diritto come «pura», cioè esente da «giudizi soggettivi di valore»²⁴; e Bobbio critica come giusnaturalistica ogni subordinazione dei giudizi di validità a giudizi di valore²⁵. È chiaro che queste tesi sono sacrosante se si riducono a quelle — enunciate nel par. 15 — della separazione tra diritto e morale, o tra giudizi di validità e giudizi di giustizia: indubbiamente è precluso al giurista, in sede scientifica, di valutare le norme giuridiche dall'esterno e di condizionare il giudizio sulla loro validità a valutazioni etico-politiche o comunque extra-giuridiche. Nella loro formulazione usuale, come meglio si vedrà nel par. 61.3, esse sono però fuorvianti. Confondendosi con la tesi dell'avalutatività della scienza giuridica, esse precludono infatti al giurista la valutazione e la critica del diritto vigente non solo dal punto di vista esterno o politico della giustizia, ma anche dal punto di vista interno o giuridico della validità. Laddove è compito — non solo civile e politico, ma ancor prima scientifico — del giurista valutare la validità o l'invalidità delle norme sulla base dei parametri di validità sia formale che sostanziale dettati dalle norme giuridiche ad esse superiori.

4. *Giudizi sul vigore e giudizi sulla validità. Due aporie teoriche: la valutatività e la discrezionalità dei giudizi di validità.* La critica dei due dogmi risulta forse più chiara se si analizza la struttura dei giudizi di validità. Almeno negli ordinamenti complessi propri degli stati di diritto, questi giudizi differiscono dai giudizi sul vigore delle norme richiedendo, rispetto a questi, l'accertamento di condizioni ulteriori e di diversa natura. Perché una norma

esista o sia in vigore è sufficiente infatti che essa soddisfi le condizioni di validità formale, le quali riguardano le forme e le procedure dell'atto normativo nonché la competenza dell'organo che lo emana. Perché essa sia valida è invece necessario che soddisfi anche le condizioni di validità sostanziale, le quali riguardano il suo contenuto, ovvero il suo significato²⁶. Sia le condizioni formali sufficienti perché una norma sia vigente che quelle sostanziali necessarie perché sia valida sono stabilite dalle norme giuridiche che ne disciplinano la produzione al livello normativo superiore. Tuttavia, mentre le condizioni formali del vigore consistono in adempimenti di fatto in assenza dei quali l'atto normativo è imperfetto e la norma da esso dettata non viene ad esistenza, le condizioni sostanziali della validità, ed esemplarmente quelle della validità costituzionale, consistono di solito nel rispetto di valori — come l'uguaglianza, le libertà, le garanzie dei diritti dei cittadini — la cui lesione produce un'antinomia, cioè un conflitto tra norme di contenuto o significato incompatibile.

Ne consegue che mentre la verità (o la falsità) dei giudizi sul vigore è predicabile sulla base di semplici accertamenti empirici o di fatto, non altrettanto si può dire dei giudizi sulla validità: i quali, quando consistono nella valutazione della conformità o della difformità delle norme dai valori espressi dalle loro norme superiori, sono non già, come scrive Bobbio, giudizi di fatto²⁷, ma a loro volta giudizi di valore, siccome tali né veri né falsi. Per esempio, non si richiedono giudizi di valore, ma solo accertamenti di fatto, per asseverare o negare il vigore di una legge di cui siano in questione l'approvazione da parte di una sola o di entrambe le Camere, o l'avvenuta od omessa promulgazione o pubblicazione, o altre consimili caratteristiche formali. Mentre è sicuramente un giudizio di valore — non altrettanto verificabile (o falsificabile) e non a caso opinabile e controverso — la tesi che le norme sui vilipendi contenute nel codice penale italiano sono invalide perché in contrasto con il valore costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero. Ovviamente i giudizi di validità o d'invalidità delle norme sulla base dei valori incorporati da norme superiori possono essere più o meno opinabili. Sarebbe difficilmente opinabile, nel nostro ordinamento, l'invalidità di una legge penale antirazziale, chiaramente in contrasto con il principio costituzionale dell'uguaglianza dei cittadini «senza distinzioni di razza». Nella maggior parte dei casi, però, i giudizi di valore richiesti per suffragare la validità o l'invalidità sostanziale delle norme non sono così scontati. Lo dimostrano la permanente invalidità di leggi precedentemente

dichiarate valide e, inversamente, la resistenza opposta talora per decenni, prima del loro annullamento, dalle leggi successivamente dichiarate invalide.

Siamo dunque di fronte a un'aporia teorica, che è il riflesso della già rilevata aporia giuridica dell'illegittimità potenziale di ogni esercizio di potere nello stato di diritto, e che si manifesta nella dissociazione strutturale tra giudizi sul vigore e giudizi sulla validità delle norme nonché nell'indecidibilità della verità di questi ultimi. Negli stati assoluti, siano essi autocratici o democratici, validità e vigore si equivalgono, nel senso che è valido oltre che vigente «quod principi placuit»: le sole norme sulla produzione delle norme sono in questi regimi quelle che ne disciplinano il vigore, cioè che definiscono *chi* è il principe e *come* si manifesta «quod principi placuit» (identità del sovrano legittimo, regola della maggioranza, forme delle decretazioni o delle votazioni, modalità di promulgazione e simili); e i giudizi di validità si risolvono in essi in giudizi di fatto sulla presenza o meno dei requisiti formali che condizionano il vigore. Nello stato di diritto invece, come si è visto, le Costituzioni non si limitano a dettare le condizioni formali che consentono di riconoscere il vigore di «quod principi placuit», ma stabiliscono anche *che cosa* al principe non deve dispiacere (o deve piacere), cioè i diritti inviolabili dei cittadini la cui garanzia è condizione di validità sostanziale delle norme da lui prodotte. «Noi non faremo nulla», dice l'articolo 61 della *Magna Charta*, «perché alcuna parte di queste libertà sia revocata o diminuita. Ma se una tal cosa si dovesse verificare, dovrà essere considerata nulla ed illegale».

Purtroppo la cosa non è né semplice né tanto meno automatica. Perché una legge sia considerata «nulla ed illegale», essa deve essere giudicata tale da un potere, possibilmente diverso da quello che l'ha emanata. E tale giudizio è di solito un giudizio di valore, come tale né vero né falso, dato che il principio di legittimità costituzionale delle leggi non può soddisfare la regola semantica con cui abbiamo caratterizzato, nel capitolo I, il principio di stretta legalità delle motivazioni giudiziarie e che di queste richiede la verificabilità giuridica e l'avalutatività. A differenza che negli stati assoluti, ove i requisiti della validità riguardano solo le forme degli atti e possono essere quindi asseverati o negati attraverso giudizi di fatto, i parametri di validità inclusi nella Costituzione di uno stato di diritto consistono infatti in valori, o comunque in termini privi di denotazione (uguaglianza, libertà, dignità della persona, tassatività, materialità ed offensività dei reati e simili), sicché la (verità giuridica dei giudizi di) validità delle leggi non è mai decidibile con certezza. Si

capisce che risulta anche esclusa, ove i giudici siano chiamati a pronunciarsi sulla validità delle leggi, la soggezione acritica e avalutativa alle leggi vigenti della loro applicazione giudiziaria così come la loro natura di «dogmi» indiscutibili quali oggetti di esplicazione scientifica. Se di fedeltà o soggezione alla legge si vuol parlare, sia pure in senso meramente potestativo, lo si può fare soltanto rispetto alle leggi costituzionali, sulla cui base il giudice ha il dovere giuridico e il giurista ha il compito scientifico di valutare — ed eventualmente di censurare — le leggi ordinarie vigenti.

5. *Antinomie e lacune irriducibili. La critica del diritto invalido come compito del giudice e del giurista.* Per meglio intendere l'aporia sopra segnalata — e cioè il carattere potestativo della soggezione del giudice alla legge e quello valutativo della scienza giuridica — ritorniamo per un momento al diritto penale. In base a quanto appena detto, il principio di legalità penale dev'essere riformulato e precisato con l'aggiunta di una condizione ulteriore rispetto a quella, espressa dal principio di mera legalità *nullum crimen sine lege*, secondo cui perché un fatto sia punito come reato deve essere previsto come tale da una legge esistente. Questa circostanza, per quanto necessaria, non è infatti sufficiente; ed è per questo che tra gli assiomi di SG non ho stabilito il principio inverso secondo cui, perché un fatto sia punito come reato, basta che sia previsto come tale da una legge vigente. Perché la previsione di un fatto come reato da parte di una legge sia sufficiente a farlo considerare come tale anche dal giudice, occorre, in uno stato di diritto, che la legge sia, oltre che vigente, anche valida, cioè conforme alle sue norme superiori sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale. Solo una legge (da lui ritenuta) valida comporta l'obbligo del giudice di applicarla, cioè di qualificare e punire come reato il fatto da essa previsto. Ne deriva che un fatto è e dev'essere considerato un reato se e solo se è tale in base a una legge vigente e valida, ovvero se ricorrono tutte le garanzie penali e processuali: che è la definizione teorica e legale — cioè descrittiva, entro uno stato di diritto, e non solo prescrittiva — della nozione valida di «reato» formulata nel par. 28.3.

Ma il giudizio di validità sostanziale delle leggi, si è detto, è un giudizio di valore, rimesso alla valutazione operativa del giudice, oltre che a quella dottrinale del giurista. Ne consegue un'altra e ancor più grave aporia, che investe in particolare il principio di stretta legalità. Questo principio è stato più sopra definito come una regola semantica del linguaggio legale che ri-

chiede la verificabilità delle tesi giudiziarie ed esclude che il giudice abbia, oltre che un potere di denotazione e di connotazione, anche un potere di disposizione. Ove però tale potere del giudice illegittimamente sussista a causa di leggi penali che derogano al principio costituzionale di stretta legalità o tassatività, esso può essere rimosso solo grazie all'assegnazione al medesimo giudice di un potere di censura sulle leggi che a sua volta, esprimendosi in giudizi di valore, è un potere di disposizione: sicché, quanto meno un giudice è vincolato dalla legge alla semplice denotazione e connotazione dei fatti da essa previsti come reati, tanto meno egli è vincolato dalla Costituzione alla sua applicazione, e tanto più è autorizzato a censurarne l'invalidità. Questa aporia investe, più in generale, tutta la struttura garantista dello stato costituzionale di diritto. Sappiamo infatti che la tecnica garantista consiste nell'includere valori sotto forma di limiti o doveri ai livelli più alti dell'ordinamento, onde escluderli nella forma di poteri ai livelli più bassi. Ma una volta incorporati nei livelli più alti, i valori rendono valutativi i giudizi di validità sulle norme di livello più basso, che sono affidati ad organi giudiziari di livello a loro volta più basso rispetto alle norme che sono chiamati ad applicare. Se ai livelli più alti non fossero incorporati valori, ma solo il principio formale che è valido oltre che vigente «quod principi placuit», il giudizio di validità si ridurrebbe a un'asserzione empirica, verificabile e certa, sulla fonte e le procedure previste per il vigore della legge; e le valutazioni, in tal caso, avrebbero libero ingresso sia nel linguaggio delle leggi, non vincolate alla stretta legalità, che in quello dei giudici, non vincolati alla stretta giurisdizionalità e validamente investiti di potere di disposizione nella qualificazione legale dei fatti ma non anche nella censura delle leggi. Ma poiché lo stato di diritto vincola il legislatore penale alla tassatività delle previsioni legali, escludendo i giudizi di valore ai livelli più bassi per incorporarli nei soli livelli più alti, esso deve ammettere paradossalmente un potere di disposizione del giudice, se non nella qualificazione dei fatti come reati, nella qualificazione come invalide delle leggi che consentono la qualificazione dispositiva dei fatti come reati. Insomma il potere di disposizione tramite libere valutazioni, che nello stato assoluto è escluso verso l'alto (le leggi) ed è ammesso verso il basso (i fatti), nello stato di diritto è in via di principio escluso verso il basso, ma tanto quanto questa esclusione è resa ineffettiva dalla semantica del linguaggio legale, dev'essere ammesso verso l'alto. In ogni caso i valori non sono esorcizzabili: cacciati dalla porta, rientrano dalla finestra. E in fondo è bene che così sia.

Queste aporie del garantismo non hanno in realtà nulla di sorprendente. Esse dipendono dai vizi di fatto del sistema giuridico, che non è un mondo naturale, ma un mondo artificiale costruito dagli uomini. Precisamente, dipendono dalla distanza tra le promesse normative e le prassi effettive dell'ordinamento, e per altro verso dalla macchinosità delle tecniche garantiste elaborate per l'accorciamento di tale distanza. Esiste in effetti, negli stati di diritto quali storicamente sono stati costruiti, una pesante vischiosità del potere illegittimo e dei vizi che ne segnano l'esercizio: delle *antinomie* (o violazioni consistenti in commissioni) che permangono finché non sono risolte dall'annullamento delle *norme indebitamente vigenti*; e delle *lacune* (o violazioni consistenti in omissioni) che permangono finché non sono colmate dall'emissione delle *norme indebitamente non vigenti*. E questa vischiosità è aggravata dal fatto che sia le antinomie che le lacune possono essere rimosse, nella maggior parte degli ordinamenti, soltanto su iniziativa di organi pubblici — giudiziari o legislativi — e non anche direttamente dei cittadini titolari dei 'diritti di' e dei 'diritti a' da esse rispettivamente violati²⁸. Questi vizi e le conseguenti aporie possono essere però, se non del tutto eliminati, quanto meno ridotti con l'attivazione e l'ampliamento dei meccanismi di auto-correzione dell'ordinamento diretti ad assicurare effettività ai principi garantisti. Ma ciò richiede la critica spregiudicata delle leggi, non solo dall'esterno ma prima ancora dall'interno. Il precetto «to obey punctually, to censure freely» con cui Bentham definì l'atteggiamento giuspositivistico nei confronti della legge trascura la complessità strutturale dello stato di diritto e la potenziale illegittimità delle leggi in esso generate dai dislivelli normativi²⁹; e quindi non vale né per i giudici né per i giuristi, i quali non devono obbedire o raccomandare indistintamente l'obbedienza alle leggi, ma valutarne volta a volta la possibile invalidità, censurandola sul piano giuridico ancor prima che su quello politico. È infatti la *critica del diritto*, sulla base delle sue stesse fonti di legittimazione e di delegittimazione giuridica, il principale compito civile della giurisprudenza e della scienza giuridica. Ed è da essa che proviene quella permanente possibilità di auto-riforma dell'ordinamento sulla base dei suoi stessi principi, nella quale risiede la superiorità politica dello stato di diritto rispetto a qualunque altro regime giuridico.

Risultano smentiti, su questa base, due altri postulati del giuspositivismo dogmatico: quello della *coerenza* e quello della *completezza* dell'ordinamento giuridico³⁰. Coerenza e completezza si configurano infatti, nello stato di diritto, non già come pro-

prietà del diritto *vigente* ma come ideali-limite di diritto *valido*, che non riflettono l'«essere» effettivo ma solo il «dover essere» delle norme rispetto alle loro norme superiori. A causa dei dislivelli tra norme e del configurarsi di ciascun livello come *fattuale* rispetto a quello superiore e come *normativo* rispetto a quello inferiore, non la coerenza e la completezza, bensì l'*incoerenza* e l'*incompletezza*, dovute alle immancabili violazioni di fatto dei divieti e degli obblighi normativamente imposti al legislatore, formano insomma le caratteristiche strutturali del diritto positivo vigente. Il compito del giurista, in una prospettiva giuspositivista di tipo critico, non è dunque quello di sistemare e rielaborare le norme dell'ordinamento onde avvalorarne una coerenza e una completezza che effettivamente non hanno³¹, ma al contrario di esplicarne l'incoerenza e l'incompletezza mediante giudizi d'invalidità su quelle inferiori e correlativamente d'ineffettività su quelle superiori. È così che la critica del diritto positivo dal punto di vista del diritto positivo ha una funzione descrittiva delle sue antinomie e delle sue lacune e al tempo stesso prescrittiva della sua auto-riforma, mediante invalidazione delle prime e integrazione delle seconde.

Frattanto, non essendo tali vizi mai del tutto eliminabili, le aporie del garantismo danno luogo a problemi teorici e pratici complessi. Accennerò qui, per la sua importanza, a uno solo di essi, che si presenta come un dilemma che divide la giurisprudenza e la scienza giuridica progressiste. In un ordinamento a costituzione rigida come è il nostro, di fronte a una legge di dubbia validità sia il giudice che il giurista hanno davanti due strade parimenti legittime: possono farla quadrare con la Costituzione, fornendone interpretazioni che ne riducano la portata normativa ma così legittimandone la conservazione; o possono enfatizzarne il contrasto con la Costituzione, accentuandone gli aspetti d'invalidità ma così avallandone, finché la norma non è annullata, interpretazioni anticonstituzionali. Si prenda per esempio il dubbio di validità costituzionale che può investire l'art. 290 del codice Rocco sul vilipendio del governo e il conseguente problema dell'applicazione di questa norma al caso di chi dice pubblicamente «governo ladro». Seguendo la prima strada si dirà che la norma è valida in base a una sua interpretazione restrittiva che ne esclude l'applicazione alla frase «governo ladro», ritenuta consentita dal principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero. Seguendo la seconda, si dirà invece che la medesima norma è invalida sulla base di una sua interpretazione estensiva che ne include l'applicazione alla medesima frase, parimenti ritenuta consentita dal principio costitu-

zionale di libertà del pensiero. È difficile dire quale delle due strategie di soluzione dell'antinomia sia nella pratica preferibile: se quella che impedisce nel caso concreto un provvedimento chiaramente in contrasto con la Costituzione, a costo di lasciare che possibili provvedimenti analoghi siano presi nei casi futuri; oppure quella che sollecita la rimozione della norma per i casi futuri, a costo di avallarne frattanto interpretazioni aberranti nei casi concreti. Si può dire però che almeno in sede scientifica le due strade non si escludono tra loro: si può infatti sostenere sia che la norma sul vilipendio va interpretata, finché resta in vigore, nella maniera più restrittiva, sia che essa dev'essere invalidata perché in tutti i casi, e tanto più in quello esemplificato, è in contrasto con la Costituzione. La sola cosa che non si può fare, pena l'incoerenza e l'inconsistenza scientifica del discorso sul diritto, è occultare le antinomie e le lacune o magari sostenere, in forza di un atteggiamento dogmaticamente avalutativo e contemplativo delle leggi (solo perché vigenti), la simultanea validità sia delle norme che consentono che di quelle che proibiscono un medesimo comportamento³².

59. C) Una filosofia della politica. Lo stato-strumento.

1. *Stato-strumento o stato-fine: utilitarismo o eticismo politico.* Se nel primo dei nostri tre significati la parola «garantismo» designa un modello di ordinamento dotato di mezzi d'invalidazione di ogni esercizio di potere in contrasto con norme superiori poste a tutela di diritti fondamentali, e nel secondo designa una teoria giuridica che consente la critica e la delegittimazione dall'interno delle norme vigenti invalide, nel terzo significato essa designa una dottrina filosofico-politica che consente la critica e la delegittimazione dall'esterno delle istituzioni giuridiche positive, sulla base della rigida separazione tra diritto e morale, o tra validità e giustizia, o tra punto di vista giuridico o interno e punto di vista etico-politico o esterno all'ordinamento.

Sotto questo terzo aspetto, il modo in cui volta a volta è stato impostato e risolto il problema penale è indubbiamente una chiave di lettura tra le più rivelatrici dell'intera storia del pensiero giuridico e politico. Abbiamo visto — a proposito delle dottrine sullo scopo della pena, delle teorie del reato e delle concezioni del processo che rispondono alle domande *perché, quando e come punire, proibire e giudicare* — come il pensiero penalistico si è sempre diviso, storicamente, sulla base di un'opzione di fondo tra due opposti orientamenti: l'idea dell'auto-justificazione del

diritto penale come valore in sé o come immediata attuazione di valori ontologici e metagiuridici, e quella della sua etero-justificazione quale strumento oneroso di tutela di concreti e vitali interessi dei cittadini. Abbiamo inoltre mostrato come questi due orientamenti — contrassegnati rispettivamente dalla confusione e dalla separazione tra legittimazione interna o giuridica e legittimazione esterna o morale — sono alla base l'uno delle culture e dei modelli penali autoritari, l'altro delle culture e dei modelli penali garantisti. Questa alternativa, essendo il diritto penale il luogo ove è più elementare e diretto il conflitto tra stato e cittadino o tra autorità e libertà, può essere ora riguardata come il riflesso di un'alternativa più generale: quella tra le dottrine politiche che fondano i sistemi politici su se stessi, giustificando il diritto e lo stato come *beni* o valori intrinseci, e le dottrine politiche che invece li fondano su finalità sociali, giustificando le istituzioni politiche e giuridiche solo come *mal* necessari per la soddisfazione di interessi vitali dei cittadini.

Parafrasando l'espressione «*autopoiesis*» utilizzata da Niklas Luhmann per designare il carattere autoreferenziale da lui associato ai sistemi politici³³, possiamo chiamare *auto-poietiche* le dottrine politiche del primo tipo, ed *etero-poietiche* quelle del secondo. Per le dottrine auto-poietiche lo stato è un *fine*, e incarna valori etico-politici di carattere sovra-sociale e sovra-individuale alla cui conservazione e rafforzamento il diritto e i diritti vanno funzionalizzati. Per le dottrine etero-poietiche, invece, lo stato è un *mezzo*, legittimato unicamente dal fine di garantire i diritti fondamentali dei cittadini, e politicamente illegittimo se non li garantisce o peggio se li viola esso stesso. Pertanto, mentre il punto di vista delle dottrine del primo tipo è unicamente quello *interno* dello stato, che in quanto fine o valore subordina a se medesimo sia la società che i singoli individui, il punto di vista delle dottrine del secondo tipo è soprattutto quello *esterno* della società e delle persone che la compongono, riguardate esse stesse come fini e valori rispetto ai quali è lo stato che è un mezzo istituito per la loro tutela.

Sulla base di questa sommaria distinzione, possiamo dire che sono *autopoietiche* tutte le dottrine di legittimazione *dall'alto*, a cominciare da quelle premoderne che fondano la sovranità dello stato su entità metafisiche e metastoriche come Dio, la religione, la natura e simili. La secolarizzazione moderna dei sistemi politici e giuridici ha travolto, almeno nei paesi evoluti, fonti siffatte di legittimazione teologica o naturalistica. Recisi i legami con mondi trascendenti, si sono tuttavia sviluppate, nell'età moderna, dottrine sia idealistiche che realistiche dello stato

che fondano parimenti dall'alto la sua legittimazione politica. Le più nefaste, per l'enorme influenza esercitata nella storia della cultura politica, sono state sicuramente le dottrine idealistiche, nelle molteplici versioni del giuspositivismo etico — liberal-nazionaliste, fasciste e staliniste — variamente risalenti alla dottrina hegeliana dello «stato etico»³⁴. Queste ideologie assumono il principio di legalità non solo come principio giuridico interno ma anche come principio assiologico esterno, appiattendolo sulla legalità giuridica la legittimità politica e conferendo alle leggi valore, e non solo validità o vigore, unicamente in base al valore associato aprioristicamente alla loro *forma* o peggio alla loro *fonte* (sovrano, o assemblea, o duce, o partito, o popolo o simili). Di solito, inoltre, esse si accompagnano o si confondono con concezioni organicistiche dello stato, idealizzato come personificazione dell'intera società e come sintesi di ragione, di valori e di interessi sociali generali³⁵. La confusione tra diritto e morale, tra essere e dover essere, o tra punto di vista interno e punto di vista esterno si associa in tal modo alla confusione tra stato e società, o peggio tra stato e singoli cittadini: «poiché lo stato», scrive Hegel «è spirito oggettivo, l'individuo esso medesimo ha oggettività, verità ed eticità, soltanto in quanto è componente dello stato»³⁶. Che è un esito politicamente non dissimile da quello cui pervengono, da tutt'altre premesse, molte dottrine realistiche, dalle teoriche della ragion di stato richiamate nel par. 52 fino alla recente teoria sistemica di Niklas Luhmann; il quale, muovendo da una raffigurazione dello stato come «sistema» e della società come «ambiente», postula il primato del primo sulla seconda assoggettando il tutto a una specie di legge biologica: la necessità per il sistema, onde sopravvivere e svilupparsi, di dominare il suo ambiente modificandolo, semplificandolo e in tutti i casi piegandolo alle proprie istanze funzionali³⁷. In tutti i casi la perdita di un punto di vista etico-politico esterno, indipendente da quello giuridico o interno, si risolve nella negazione della legittimità o anche solo della rilevanza di ogni autonomo punto di vista dell'individuo e dei soggetti sociali, e conseguentemente in una dottrina dell'assenza di limiti ai poteri dello stato.

Si possono invece considerare *eteropoietiche* tutte le dottrine secondo cui la legittimazione politica del diritto e dello stato proviene dall'esterno o *dal basso*, cioè dalla società, intesa come somma eterogenea di persone, di forze e di classi sociali. Rientrano tra queste le varie filosofie politiche utilitaristiche, a cominciare da quelle elaborate dal giusnaturalismo laico e razionalista dell'età dell'Illuminismo. In queste dottrine non solo il

diritto penale, ma il diritto in generale è concepito come un «artificio», creato dall'uomo e per l'uomo quale suo strumento. Ciò che per esse è *naturale* non è infatti lo stato o il potere, ma le persone e i loro bisogni vitali; mentre ciò che è *artificiale* non sono la libertà e la vita, ma le loro garanzie giuridiche e in generale i doveri e i poteri istituiti dalle norme positive per tutelarle e/o per limitarle. Diritti «innati» o «naturali», al di là delle metafisiche giusnaturalistiche entro cui furono concepiti, significano precisamente diritti «pre-statali» o «pre-politici», nel senso che non sono fondati da quella creatura che è lo stato ma sono «fondamentali» o «fondanti» della sua ragion d'essere, quali parametri esterni e oggettivi della sua organizzazione, delimitazione e disciplina funzionale. Il vizio ideologico, oltre che metafisico, del giusnaturalismo fu nell'idea di un diritto naturale come entità ontologica anziché puramente assiologica. Ovviamente il «diritto» e i «diritti naturali» non esistono: non sono realtà oggettive, bensì principi assiologici o normativi di tipo extragiuridico³⁸. Ma questo non toglie nulla al valore che ad essi si convenga di associare quali fondamenti esterni — «naturali» nel senso di «pre-politici» o «sociali» — del diritto positivo e dello stato, e neppure al primato e all'autonomia morale e politica rivendicata agli scopi per i quali questi sono fondati. L'idea giusnaturalistica del contratto sociale è sotto questo aspetto una grande metafora della democrazia. Lo stato, secondo il paradigma di giustificazione esterna da essa suggerito, non è né un fine né un valore: esso è bensì un prodotto fabbricato dagli uomini, «poiché con l'arte» — sono parole di Hobbes — «è creato quel gran Leviatano chiamato uno stato, il quale non è che un uomo artificiale, benché di maggiore statura e forza del naturale, per la protezione e difesa del quale fu concepito»³⁹; sicché vale tanto quanto serve agli «uomini naturali» che concordevolmente l'hanno prodotto, e non vale nulla e va anzi trasformato, rimodellato e all'occorrenza abbattuto quando si rivolti contro di loro. Di più: esso è di per sé un dis-valore, cioè un male minore assoggettato in quanto tale all'onere della giustificazione esterna e a-posteriori. Ciò vuol dire che i suoi poteri non sono concepiti come «giusti» a seconda solo di *chi* li detiene, ma soprattutto a seconda del *perché*, del *quando* e del *come* sono o non sono volta a volta esercitati. Non è insomma la fonte o la forma delle norme, ma i loro concreti contenuti che giustificano o non giustificano politicamente la loro produzione.

2. Il garantismo come dottrina della fondazione esterna dello stato sui diritti vitali dei cittadini. Se si condivide questa reinterpretazio-

ne del contrattualismo classico come schema di giustificazione dello stato in quanto strumento di tutela dei diritti fondamentali, è lecito riconoscere in esso la prima anche se embrionale dottrina della democrazia: non solo della *democrazia politica o formale*, che esso vale a fondare sul *consenso* dei contraenti⁴⁰, ma anche — e direi soprattutto — della *democrazia sociale o sostanziale*, che esso vale a fondare sulla *garanzia* dei loro diritti. I diritti fondamentali, come si è detto nel par. 57 e come meglio mostrerò nel par. 60, corrispondono infatti a quelle facoltà o aspettative di *tutti* che definiscono i connotati sostanziali della democrazia e che sono costituzionalmente sottratti all'arbitrio delle maggioranze come limiti o vincoli invalicabili delle decisioni di governo: si pensi al diritto alla vita, ai diritti di libertà, ai diritti sociali alla sussistenza, alla salute, all'istruzione, alla salvaguardia dell'ambiente e simili. Al tempo stesso essi si sono prestati a recepire, dapprima nella forma dei «diritti naturali» e poi in quella da essa derivata dei moderni «diritti civili», i *bisogni* o *interessi materiali primari* delle persone, la cui garanzia equivale all'uguale tutela delle loro diverse identità e insieme alla realizzazione sia pure tendenziale della loro uguaglianza sostanziale.

Una simile tesi può apparire paradossale. Di solito, entro la tradizione contrattualistica, il richiamo canonico del pensiero democratico è a Rousseau e alla sua dottrina dell'onnipotenza della volontà generale; mentre il modello lockiano (per non dire hobbesiano) viene considerato strettamente borghese e liberale. A me sembra che almeno per quanto concerne il paradigma filosofico-politico della giustificazione dello stato questo schema interpretativo possa essere rovesciato. La dottrina della volontà generale, sia essa diretta o rappresentativa, è una dottrina della democrazia *politica* che risolve soltanto il problema della legittimazione formale di *chi decide*, cioè dell'investitura democratica dei soggetti titolari dei poteri di governo; e che per di più rischia sempre di risolverlo, ove tale legittimazione sia assunta come in Rousseau a valore assoluto ed esclusivo, con il sacrificio dei diritti e degli interessi sostanziali dei singoli cittadini⁴¹. Al contrario, il problema della legittimazione sostanziale del *che cosa è doveroso decidere o non decidere* forma precisamente l'oggetto delle dottrine liberal-contrattualistiche sulla ragione e sui limiti dello stato: alle quali si deve da un lato l'elaborazione di una nozione di «diritto fondamentale» che benché da esse limitata ai soli diritti borghesi di libertà e proprietà è tuttavia idonea ad essere utilizzata per tutti i diritti assunti come vitali, siano essi liberali o sociali, e quindi a servire di base per una dottrina generale della democrazia *sostanziale*; dall'altro, e correlativamente, la

configurazione del diritto e dello stato non più, come nella tradizione aristotelica e medioevale, quali entità naturali, bensì quali «artifici», o «creature», o «invenzioni» o «convenzioni»⁴², giustificati unicamente dalla loro funzione di *strumenti* per finalità esterne identificate con la soddisfazione dei diritti naturali o fondamentali dei cittadini.

Il garantismo, in senso filosofico-politico, consiste essenzialmente in questa fondazione etero-poietica del diritto, separato dalla morale nei vari significati di questa tesi espliciti nel par. 15. Precisamente, esso consiste da un lato nella negazione di un valore intrinseco del diritto solo perché vigente e del potere solo perché effettivo e nel primato assiologico rispetto ad essi del punto di vista etico-politico o esterno, virtualmente orientato alla loro critica e trasformazione; dall'altro nella concezione utilitaristica e strumentalistica dello stato, finalizzato soltanto alla soddisfazione di aspettative o diritti fondamentali.

Questi due elementi sono l'esatto contrario di quelli con cui si possono caratterizzare le ideologie autopoietiche e le loro vocazioni totalitarie. Il presupposto di ogni totalitarismo, infatti, è sempre una visione finalistica ed ottimistica del potere come buono, o comunque dotato di valore etico, grazie alla fonte di legittimazione di chi lo detiene. Viceversa il presupposto del garantismo è sempre una concezione pessimistica del potere come cattivo, chiunque lo detenga, perché esposto comunque, in assenza di limiti e garanzie, a degenerare nel dispotismo⁴³. Aggiungo che queste due concezioni del potere si accompagnano di solito a due raffigurazioni opposte e simmetriche della società: l'idea del «potere buono» tende ad associarsi a quella della «società cattiva», mentre l'idea del «potere cattivo» tende ad associarsi a quella della «società buona»⁴⁴. L'ottimismo e il pessimismo politologico sembrano insomma rispettivamente solidali con il pessimismo e con l'ottimismo sociologico. E danno luogo a due opposte configurazioni del rapporto tra potestà pubbliche e diritti civili.

Nel primo caso i diritti dei cittadini sono funzionalizzati a interessi pubblici ad essi superiori, e a tal fine limitati e disciplinati in virtù di clausole di vanificazione di solito indeterminate: «i diritti civili», stabiliva l'art. 1 del codice civile russo del 1923, «sono protetti dalla legge finché non vengono esercitati in contrasto con gli scopi sociali ed economici per i quali sono stati stabiliti»; «chiunque abusa», afferma l'art. 18 della Costituzione della Repubblica Federale Tedesca, «della libertà di espressione del pensiero, della libertà di stampa, della libertà d'insegnamento, della libertà di riunione, della libertà di associazione, del

segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni, del diritto di proprietà o del diritto di asilo per combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale, perde questi diritti»; e l'art. 61 della Costituzione cubana stabilisce: «nessuna delle libertà riconosciute ai cittadini può essere esercitata contro... l'esistenza e i fini dello stato socialista, né contro la decisione del popolo cubano di costruire il socialismo e il comunismo. La trasgressione di questo principio è punibile»⁴⁵.

Nel secondo caso sono invece i poteri, pubblici e privati, che sono funzionalizzati alla tutela dei diritti civili fondamentali, e a tal fine limitati e disciplinati: «il governo», proclamò l'art. 3 della Dichiarazione dei diritti della Virginia, «è o deve essere istituito per la utilità comune, protezione e sicurezza del popolo, della nazione o comunità. Di tutti i diversi modi e forme di governo, è migliore quello che è capace di produrre il maggior grado di felicità e sicurezza»; «lo scopo di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo», affermò l'art. 2 della Dichiarazione francese dell'89; e l'art. 12 aggiunse: «la garanzia dei diritti dell'uomo e del cittadino ha bisogno di una forza pubblica; questa forza è dunque istituita per il vantaggio di tutti, e non per l'utilità particolare di coloro ai quali è affidata»⁴⁶. Tutto il pensiero contrattualistico e illuministico sembra del resto concorde nel tematizzare la «felicità», o i «bisogni» o il «benessere sociale», ovvero la soddisfazione di diritti fondamentali come finalità e giustificazioni etero-poietiche sia del diritto che dello stato⁴⁷.

Possiamo a questo punto caratterizzare politicamente lo stato di diritto come il modello di ordinamento giustificato o fondato da scopi interamente esterni, dichiarati di solito normativamente, ma sempre incompletamente, nelle sue costituzioni o norme o carte fondamentali. Questi scopi giustificanti o fondamentali non solo non sono soddisfatti — per il divario inevitabile tra validità, vigore ed effettività di cui si è parlato nel paragrafo che precede — dalla loro semplice enunciazione legale, ma neppure sono riducibili interamente — per il divario che pure sussiste tra valori etico-politici e validità — a quelli enunciati dalle norme positive, sia ordinarie che costituzionali. Il rifiuto di ogni giuspositivismo etico, e quindi non solo del legalismo ma anche del costituzionalismo etico, esclude infatti come ideologico l'appiattimento del dover essere politico sull'essere giuridico, sia pure normativo e costituzionale, non meno di quello del dover essere giuridico sull'essere effettivo del diritto. Il dover essere politico, o più semplicemente *la politica* come dimensione assiologica dell'agire sociale, permane irriducibil-

mente come punto di vista esterno, o del basso, che legittima la critica e il cambiamento non solo del funzionamento di fatto ma anche dei modelli di diritto delle istituzioni vigenti.

3. *Un'aporia politica: l'irriducibile illegittimità politica del potere nello stato di diritto. Le ideologie di legittimazione.* La conseguenza più importante di questo schema di giustificazione esterna è che, non essendo mai gli scopi e i valori giustificanti pienamente realizzati, la legittimazione politica del potere nello stato di diritto, più ancora della sua legittimazione giuridica, è sempre, per sua natura, solo tendenziale e irrimediabilmente imperfetta.

Ho già detto nei parr. 12.2, 26.5 e 37.5 dell'irriducibile illegittimità politica del potere giudiziario, che anche nei sistemi normativamente più perfezionati è sempre in qualche misura potere discrezionale di disposizione e non solo, come vorrebbe il suo modello di giustificazione, potere legale di denotazione e potere equitativo di comprensione. La stessa cosa si può ora dire degli altri due poteri dello stato democratico di diritto, la cui legittimazione dipende dalla loro capacità di esprimere e soddisfare le volontà e gli interessi rappresentati: del potere legislativo, la cui rappresentatività è sempre approssimativa e imperfetta per l'assenza di mandati imperativi e per le mediazioni burocratiche interposte dai partiti che l'esprimono; e del potere esecutivo, la cui rappresentatività è ancor più tenue e mediata per i suoi ampi margini di autonomia e per l'ineffettività dei controlli parlamentari. Il nostro schema di giustificazione comporta inoltre che la legittimazione politica nello stato di diritto non solo non è mai perfetta, ma non è neanche aprioristica, né globale, né permanente: non diversamente da quanto si è visto per il diritto penale, essa non può essere che a-posteriori, parziale, contingente e relativa alle funzioni di utilità effettivamente assicurate dallo stato, o meglio da questa o quella sua istituzione, o ancor meglio da questo o quel suo singolo atto.

Questa irriducibile illegittimità politica di tutti i poteri nello stato di diritto è un'aporia politica del garantismo, che si aggiunge a quella, illustrata nei due paragrafi che precedono, della loro irriducibile illegittimità giuridica. Al pari di questa, essa dipende dal divario strutturale tra dover essere ed essere che sempre caratterizza i modelli normativi di legittimazione imposti — dall'esterno come dall'interno — all'esercizio del potere. Dirò anzi che un'irriducibile illegittimità politica è il carattere comune e fisiologico di tutti gli ordinamenti che si fondano su modelli di legittimazione etero-poietica, o ascendente o dal basso. Garantismo e democrazia sono sempre, infatti, modelli nor-

mativi imperfettamente realizzati; e valgono quindi, oltre che come parametri di legittimazione, anche come parametri di delegittimazione politica. Paradossalmente, nei regimi assoluti premoderni, ove la legittimazione proveniva dall'alto (Dio, nascita, investitura sovrana e simili) e si limitava alla fonte del potere («quod principi placuit»), la legittimità — non solo giuridica ma anche politica — era assoluta e perfetta, in quanto aprioristica e incondizionata. Viceversa nei moderni stati di diritto, ove proviene dal basso e dall'esterno, la legittimità politica è sempre relativa, condizionata e misurabile a gradi: sia perché dipende dal grado di effettiva realizzazione delle funzioni esterne che giustificano i poteri (grado di rappresentatività, grado di soddisfazione dei diritti garantiti e degli interessi rappresentati); sia per l'imperfezione strutturale degli strumenti istituzionali a tal fine apprestati (rappresentanza indiretta, principio di maggioranza, garanzie giurisdizionali e altre tecniche giuridiche di tutela). Per questo si dovrebbe sempre parlare, a proposito dei sistemi politici che si richiamano a fonti di legittimazione dal basso, di «democrazia imperfetta», di «liberalismo imperfetto», di «socialismo imperfetto» oltre che, ovviamente, di «garantismo imperfetto».

È invece accaduto — nelle culture penalistiche e più in generale nella cultura giuridica e politica di quest'ultimo secolo — che le teorie liberal-democratiche, come del resto quelle socialiste, hanno spesso concepito se stesse non come parametri, ma come fonti di legittimazione assoluta dei sistemi politici che in loro nome venivano edificati. «Democrazia», «liberalismo» e «socialismo» si sono conseguentemente tramutati in ideologie di legittimazione — nel senso normativistico qui associato a questa espressione — ove si scambiano le funzioni ideali dello stato con quelle reali, la fonte normativa di giustificazione con la giustificazione medesima, il dover essere politico con l'essere giuridico o peggio con l'essere di fatto dei poteri istituzionali. E ogni qual volta stato e diritto sono così idealizzati ed eticizzati, essi tendono a smarrire il loro carattere strumentale per tramutarsi essi stessi in fini, o valori, o «sostanze etiche»⁴⁸ auto-justificate.

Questa eticizzazione del diritto e dello stato è all'origine di tutte le loro moderne perversioni autoritarie: del fascismo, dello stalinismo, ma anche delle tentazioni totalitarie che emergono ricorrentemente, nei momenti di crisi, nelle liberal-democrazie. Essa non appartiene alla tradizione giusnaturalistica, neppure nella sua versione autoritaria e assolutistica, ma è un connotato specifico del totalitarismo moderno. Hobbes, per esempio, non avrebbe mai detto, come dirà Hegel, che «il sacrificio per l'in-

dividualità dello stato è il rapporto sostanziale di tutti e, quindi, è dovere generale»⁴⁹ o che «lo stato non è affatto un contratto, né la sua essenza sostanziale è la difesa e la garanzia della vita e della proprietà degli individui come singoli, così incondizionatamente: anzi, esso è la cosa più elevata, che pretende anche questa vita e questa proprietà stessa ed esige il sacrificio della medesima»⁵⁰. Né tanto meno avrebbe sottoscritto l'apologia hegeliana del «valore militare» come «la più alta astrazione della libertà» e «l'autonomia suprema dell'essere per sé»⁵¹, o peggio l'esaltazione della «guerra» come il «mezzo» con cui «la salute etica dei popoli è conservata»⁵². Al contrario, egli teorizzò come fondamentali il diritto del suddito all'autoconservazione⁵³, la sua conseguente facoltà di disobbedire al sovrano quando questi gli ordina di nuocere a se stesso⁵⁴, e perfino la legittimità della paura e della codardia e il diritto di fuggire dal pericolo cui l'esposizione il sovrano con la guerra⁵⁵ o con la pena⁵⁶. «Iddio», dice Hobbes, «creò i re per il popolo, e non il popolo per i re»⁵⁷. Il rapporto tra stato e cittadino, che per Hobbes teorico dell'assolutismo restava di mezzo a fine, si capovolge in Hegel e nel totalitarismo moderno in rapporto di fine a mezzo. E lo stato-fine risulta tanto più assoluto e incondizionato in quanto, rispetto alle vecchie concezioni teologiche, si è autonomizzato non solo dalle sue basi terrene ed umane, ma anche da vincoli religiosi e metafisici.

Come si è visto nel corso di questo libro, il trapasso dall'utilitarismo dello stato-strumento all'eticismo dello stato-fine ha segnato una frattura nella storia del pensiero penalistico moderno, esprimendosi nella perdita progressiva del punto di vista esterno in ordine a tutti i temi più importanti del diritto penale: l'offensività dei reati e il concetto di bene giuridico, l'esteriorità o materialità dell'azione, l'imputabilità e la colpevolezza, la funzione della pena e i modelli di processo. Ma c'è un'altra questione nella quale questo mutamento si è manifestato in maniera ancor più significativa: quella del rapporto tra condannato e pena, che è poi un riflesso della questione più generale dell'obbedienza politica. Su questo problema il pensiero penalistico è passato da due estremi opposti, che ancora una volta troviamo espressi emblematicamente in Hobbes e in Hegel. Hobbes, e insieme a lui Thomasius, ritengono che se il sovrano ha il diritto di punire, il condannato ha il diritto di sottrarsi alla pena e di «difendere se stesso», evadendo o opponendo resistenza⁵⁸: l'autonomia del punto di vista individuale esterno è in questo caso salvaguardata nella maniera più rigida, anche contro lo schema contrattualistico che vorrebbe che a un potere corrisponda un

dovere e a un diritto un obbligo: potestà punitiva del sovrano e diritto di autodifesa del condannato restano infatti situazioni asimmetriche, irrelate e tra loro in conflitto. C'è poi una dottrina intermedia, quella classicamente contrattualistica di Grozio, di Rousseau, di Vico, di Genovesi, di Beccaria, di Feuerbach, di Fichte e di Filangieri, secondo cui il condannato ha l'obbligo contrattuale di soggiacere alla pena, concepita pur sempre come un «male» a lui imposto coercitivamente, giacché «qui deliquit, sua voluntate se obligasse videtur poenae»⁵⁹. Infine, si deve al pensiero di Hegel la tesi statalistica più estrema, secondo cui la pena non è neppure un male, ma un bene per chi la patisce, sicché il condannato non solo ha il dovere ma addirittura ha il «diritto» di assoggettarsi ad essa e così di autogratificarsi eticamente: «la lesione che tocca al delinquente non è soltanto giusta in sé», dichiara Hegel, «essa è insieme la sua volontà che è in sé, un'esistenza della sua libertà, il suo diritto»⁶⁰; con essa «il delinquente è onorato come essere razionale»⁶¹. Qui non solo non c'è conflitto, ma neppure mediazione: il bene dell'individuo è identificato immediatamente con quello dello stato, il suo punto di vista esterno con quello giuridico interno, il suo diritto individuale con la potestà statale di punirlo.

Ho voluto ricordare queste opposte concezioni del rapporto punitivo tra stato e cittadino perché esse segnalano nella maniera più limpida l'alternativa tra dottrine eteropoietiche e dottrine autopoietiche riguardo non solo al problema filosofico dei giudizi di legittimità politica sul diritto, ma anche a quello degli atteggiamenti pratici di fronte ad esso. La questione della soggezione alla pena è infatti un aspetto, forse il più drammatico, del problema più generale dell'*obbligazione politica*: se abbia carattere anche morale, oppure solamente giuridico, l'obbligo dei cittadini di obbedire alle leggi e di assoggettarsi al diritto e allo stato perché tali; ovvero se sia illecita solo giuridicamente, o anche moralmente, la disobbedienza alle leggi indipendentemente dal loro contenuto. Sembrerebbe evidente, dopo quanto si è detto, che la tesi del carattere *anche morale* del dovere dell'obbedienza è solidale con tesi autopoietiche che assegnano un valore intrinseco al diritto confondendo con esso la morale; mentre la tesi del suo carattere *solo giuridico* è solidale con tesi eteropoietiche che disconoscono al diritto tale valore separando da esso la morale. Il problema è però più complesso. Esso tocca uno dei nodi cruciali della filosofia politica e converrà tornarvi nel par. 61 del prossimo capitolo.

4. *Liberalismi reali e socialismi reali*. Ho già avuto occasione

di osservare, fin dal par. 16, che la conversione della cultura penalistica dal punto di vista esterno al punto di vista interno, rintracciata in ordine a quasi tutti i problemi teorici del diritto penale, è solo il riflesso di una svolta più generale della cultura liberale, compiutasi nel secolo scorso parallelamente alla nascita e al consolidarsi dello stato moderno.

Nella storia del pensiero giuridico liberale, dicemmo, possiamo distinguere due fasi: la fase illuministica e rivoluzionaria, nella quale il liberalismo rivendicò, in opposizione all'*ancien régime*, i fondamenti assiologici esterni dello stato e l'onere in base ad essi della sua giustificazione; e quella conservatrice e statalistica, seguita al crollo del vecchio stato assoluto e al rafforzarsi del potere borghese, nella quale la cultura liberale ha molto spesso abbandonato il punto di vista esterno e si è attestata nella difesa del nuovo ordine contro l'emergere di nuove forze rivoluzionarie. La svolta, come si è visto a proposito del diritto penale, si è espressa in una duplice caduta, teorica e politica. Sul piano teorico il liberalismo riformatore è stato soppiantato da dottrine apertamente statalistiche, che ne hanno dissolto l'originaria tensione assiologica tramutandolo da cultura di opposizione, orientata alla difesa dei diritti dei cittadini e alla conseguente delimitazione e funzionalizzazione dei poteri statali, in dottrina di legittimazione e di apologia dell'esistente finalizzata alla difesa e alla sicurezza dello stato come bene supremo. Sul piano pratico e istituzionale, il *liberalismo realizzato* si è manifestato in sistemi penali e processuali ampiamente lesivi dei loro modelli teorici garantisti e in massicce legislazioni poliziesche in materia di ordine pubblico e contro le «classi pericolose». L'avvento dei vari fascismi ha rappresentato, nei paesi di più fragili tradizioni liberal-democratiche, il punto più basso della caduta. Ma anche nelle rinate democrazie la cultura giuridica ha spesso mantenuto un atteggiamento di acritica venerazione nei riguardi del diritto vigente (e, in Italia, largamente inalterato), che si è espresso in una sorta di legittimismo democratico informato all'idea che tutto ciò che accade sotto i cieli della democrazia e della Costituzione è democratico e legittimo.

Qualcosa di analogo — e di peggiore — è significativamente accaduto all'altra grande cultura politica dei nostri tempi, mossa anch'essa da un punto di vista radicalmente esterno e dal basso rispetto ai sistemi esistenti: la cultura marxista, libertaria e rivoluzionaria prima della presa del potere, e poi tramutatasi in pura ideologia di legittimazione dei nuovi stati e poteri «socialisti». Qui il fallimento è stato totale: se non altro perché la cultura socialista non aveva sviluppato, neppure sul piano teorico

e normativo, alcun progetto giuridico e istituzionale. Il rifiuto in blocco di tutti i principi teorici e di tutte le conquiste politiche e giuridiche della tradizione liberale e la vaga utopia di uno stato buono destinato ad autodissolversi, hanno al contrario consentito di eludere *ab origine* il problema dei limiti ai poteri statali. E ciò ha consentito ai *socialismi realizzati* le perversioni totalitarie che tutti conosciamo senza neppure l'onere della smentita di una inesistente teoria giuridica. Nel diritto penale, per esempio, l'idea dello «scambio di equivalente» presa a prestito dal diritto civile con poco più che un gioco di parole — lo scambio tra reato e pena, ovvero la pena come prezzo del reato — è servita a squalificare tutto il sistema delle garanzie giuridiche. E in tutto il diritto pubblico l'illusione di un potere buono legittimato dalla sua fonte ha di fatto prodotto, in luogo della favoleggiata estinzione dello stato, l'estinzione di qualunque ruolo garantista del diritto.

Di tutti i divari tra dover essere ed essere o tra normatività ed effettività che abbiamo esaminato, quello tra dottrine di fondazione esterna e ideologie di legittimazione che ad esse si richiamano è insomma sicuramente il più vistoso: al punto che si deve parlare di una vera cesura tra le une e le altre. Aggiungo che la relativa somiglianza tra gli itinerari delle due grandi culture politiche dell'età moderna è paradossalmente all'origine delle incomprensioni che le hanno sempre divise. Ciascuna di esse ha giustamente rivolto le proprie critiche alle realizzazioni storiche dell'altra, deducendone però indebitamente anche la squalificazione delle loro ascendenze teoriche e assiologiche. È successo così che la cultura marxista ha scambiato per lungo tempo il liberalismo illuminista e riformatore con quello conservatore, attaccando il primo quasi più del secondo quale falsa coscienza e gioco d'inganni. Che è come attaccare Marx sulla base di Višynski: ciò che è realmente avvenuto dalla parte opposta, attraverso la squalificazione del marxismo teorico alla luce dei socialismi reali. Naturalmente non si è trattato solo di errori metodologici, ma anche di operazioni propagandistiche, dirette a coprire i difetti pratici di ciascun sistema con quelli dell'altro.

La riabilitazione del *punto di vista esterno* da cui mossero le due culture della trasformazione nelle quali si è divisa la filosofia politica moderna rappresenta peraltro il presupposto di qualunque dottrina democratica del diritto e dello stato. Sul piano metodologico essa comporta innanzitutto il riconoscimento del carattere normativo e non descrittivo di qualunque dottrina politica o giuridica di fondazione o giustificazione esterna, cioè

ancorata ai diritti e agli interessi vitali delle persone; in secondo luogo l'analisi teorica degli spazi e delle condizioni di realizzabilità, nonché dei margini di irrealizzabilità di ciascuna dottrina; in terzo luogo l'analisi empirica e la critica politica e giuridica delle concrete deviazioni o divaricazioni di ciascun sistema rispetto alle sue fonti di legittimazione sia interna che esterna. Ha infatti il valore di un principio di carattere generale la tesi, sostenuta nel par. 25.3 a proposito del diritto penale, che queste fonti non consentono legittimazioni aprioristiche o assolute, ma solo giustificazioni a posteriori, parziali, imperfette, contingenti e condizionate: *a posteriori* in relazione ai connotati empirici di ciascun sistema; *parziali* perché relative a singole norme, o istituti o attività di ogni ordinamento e mai all'ordinamento nel suo complesso; *imperfette* nel senso che può parlarsi di grado più o meno alto di legittimità, ma mai di legittimità assoluta; *contingenti* perché legate a questo o a quell'aspetto del passato o del presente di ciascun sistema e mai ai suoi aspetti futuri; *condizionate* perché dipendenti dalla forza e dal grado di maturità democratica dei soggetti sociali e dalle loro capacità di controllo sui poteri, sia pubblici che privati.

NOTE

¹ L'espressione è di Hobbes, che la usa a proposito di «questo nostro uomo artificiale, che è lo stato» (*Leviatano*, cit., XXVI, p. 222), nonché delle «catene artificiali, chiamate leggi civili» (ivi, XXI, p. 174). Cfr. anche, ivi, p. 3.

² Platone, *Le Leggi*, cit., lib. IV, 715d, p. 169: «se qui ho chiamato *servitori delle leggi* quelli che oggi si dicono governanti, non l'ho certo fatto per puro gusto di parole nuove, ma perché sono convinto che soprattutto da questo dipende la salvezza o la rovina dello stato. Là dove, infatti, la legge sia asservita e senza autorità, in quello stato io vedo prossima la rovina; là dove invece essa regna sovrana sui governanti, e dove i governanti sono della legge servitori, là io vedo fiorir la salvezza e tutti quei beni che gli dèi concedono agli Stati»; cfr. anche, ivi, lib. V, 729d-e, p. 188 (si ricordino tuttavia i passi de *Le Leggi* e del *Politico* riportati alla nota 22 del cap. II, nei quali Platone si era espresso in senso esattamente opposto, cioè a favore del governo degli uomini contro quello delle leggi); Aristotele, *La politica*, cit., III, 15-16, 1286a-1287a, pp. 173-179: «Punto di partenza della ricerca è questo: se è più conveniente essere governati dall'uomo migliore o dalle leggi migliori... È preferibile, senza dubbio, che governi la legge più che un qualunque cittadino... Quindi chi raccomanda il governo della legge sembra raccomandare esclusivamente il governo di Dio e della ragione, mentre chi raccomanda il governo dell'uomo, v'aggiunge anche quello della bestia