



# ORDINES

*Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

ANTONINO CINTORINO

**Il costituzionalismo garantista e le aporie della  
democrazia e della politica italiana.**

L. FERRAJOLI: *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione  
con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 189.

ANTONINO CINTORINO \*

## **Il costituzionalismo garantista e le aporie della democrazia e della politica italiana**

L. Ferrajoli: *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 189

Luigi Ferrajoli è certamente uno dei filosofi del diritto italiano più conosciuti e studiati in questo momento. Ha scritto saggi fondamentali che hanno definito una nozione complessa di garantismo, non solo come sistema di divieti e obblighi a carico della sfera pubblica a garanzia di tutti i diritti fondamentali – investendo, nondimeno, sia i diritti di libertà che i diritti sociali – ma anche come sistema di divieti e obblighi a carico dei poteri privati del mercato.

Nel libro-intervista in commento vi è una continua ed appassionante dialettica con un altro grande protagonista della filosofia del diritto moderna, Mauro Barberis, quest'ultimo nella incalzante veste di "intervistatore" di Ferrajoli. Il libro è diviso in tre parti, ovviamente in continua osmosi argomentativa: Giustizia e legalità, diritti e garanzie, democrazia e politica.

I temi toccati sono molti, tutti affrontati con argomentazioni normative, tutti col *focus* di svelare le aporie e le distonie fra il garantismo propugnato dal filosofo fiorentino e il *corpus* normativo attuale e, soprattutto, la superficialità del *modus operandi* del legislatore degli ultimi vent'anni, indipendentemente dal colore politico.

---

\* Dottorando di ricerca in Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo.

Secondo l'A., il "costituzionalismo garantista" s'identifica in «una scelta di campo a sostegno dei soggetti più deboli, come impongono i principi di giustizia sanciti dalla Costituzione», a differenza di quanto inopinatamente (e, forse, volontariamente) sostenuto dai politici investiti dall'uragano tangentopoli nei primi anni novanta del secolo scorso, secondo i quali il garantismo si identificava, sostanzialmente, con la propria intangibilità in qualità di parlamentari, come acutamente sottolineato (v. pag. 13) dal Prof. Barberis.

Il tema del garantismo, viene toccato e modellato a più riprese discorsivamente dai due filosofi, partendo dal "motto" incastonato nel piatto inferiore del libro: «Rifondare la legalità: la buona giustizia dipende dalla buona politica, non viceversa». Infatti, prendendo le mosse dalle diverse dimensioni da cui deriva la democrazia costituzionale, Ferrajoli ridefinisce sostanzialmente le categorie delle garanzie e dei diritti caratterizzanti lo Stato di diritto. Dalle dimensioni formali della democrazia, basate sull'autodeterminazione della sfera pubblica e privata, derivano i diritti politici e i diritti civili. Con riferimento a questi ultimi l'Autore, distaccandosi dalla tradizione liberale che li configurava come mere libertà, ne sottolinea la capacità di interferire con l'altrui sfera giuridica, fondando su ciò la loro sottoposizione a norme formali sulla produzione, volte a garantire l'autonomia e la libera determinazione di tutte le parti.

Dalla dimensione sostanziale, relativa al «che cosa» delle decisioni pubbliche o private, derivano, nella visione dell'A., i diritti fondamentali e il requisito della coerenza delle decisioni del legislatore con le regole e i principi costituzionali, che l'Autore definisce norme «sostanziali» sulla produzione. Le violazioni dei precetti costituzionali così sanciti daranno luogo ad antinomie (nel caso di aspettative negative-diritti di libertà) ovvero lacune (nel caso di aspettative positive-diritti sociali). L'insieme delle norme



costituzionali sostanziali costituisce nella teoria di Ferrajoli la sfera del non decidibile: limite e vincolo per ogni maggioranza e per lo stesso potere sovrano del popolo. Pertanto, la rigidità costituzionale non costituirebbe un impedimento all'autodeterminazione delle generazioni future e quindi ai principi della democrazia politica, bensì lo strumento di permanente e costante salvaguardia della sovranità popolare, che si esprime attraverso i diritti. Allora, partendo da una definizione della struttura delle disposizioni opposta a quella normativista (per cui i soggetti sono esclusivamente destinatari degli effetti ovvero della sanzione della disposizione), Ferrajoli giunge ad affermare che l'eguaglianza rappresenta la cifra dell'ordinamento democratico. L'A., ribadendo un concetto oramai consolidato nella sua teoria, riscrive quindi il significato di garantismo, nel senso di una necessaria evoluzione del costituzionalismo e come condizione di effettività della democrazia. Quello che più colpisce è l'incisività delle posizioni di Ferrajoli – anche sul delicatissimo terreno della riforma della giustizia – che sfidano alcuni tabù della sinistra. Difende la separazione delle carriere tra giudice e Pm, ferma restando l'assoluta indipendenza dei pubblici ministeri dal potere politico («la sinistra è caduta in un equivoco, anche perché all'epoca di Craxi la separazione fu proposta con l'intento di assoggettare i pm all'esecutivo»). Difende ed anzi caldeggia l'idea dell'indulto, come istituto giuridico non politicizzato, in collegamento alla necessità di svuotare le carceri si tratta di un sospetto tanto velenoso quanto infondato. Naturalmente spetta al Parlamento evitare che a beneficiare dell'indulto siano i reati di corruzione o frode fiscale, e, ricorda l'A., che a chi si oppone al provvedimento bisognerebbe ricordare che la criminalità dei colletti bianchi è di fatto assente dalle carceri. Le celle sono piene di povera gente, tossicodipendenti e immigrati clandestini. Sarebbero, quindi,

loro a trarne vantaggio. Tale argomento viene puntellato dal Professore ed ex magistrato fiorentino brandendo puntuali riferimenti normativi, partendo dall'art. 27 della Costituzione, secondo cui la pena deve tendere alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato e richiamando due storiche pronunce della Corte Costituzionale (1974 e 1983) sulla incostituzionalità della pena perpetua.

Nondimeno, in questo suo prezioso libro-intervista con Mauro Barberis, sono contenuti giudizi originali anche sulla crisi della politica e della democrazia, di cui il tema della giustizia è parte essenziale. A cominciare dal "populismo penale" in voga nel dibattito pubblico. Infatti, utilizzando le stesse espressioni dell'A., «è il protagonismo dei pubblici ministeri poi passati alla politica. Sono rimasto colpito dall'esibizionismo e dal settarismo di alcuni magistrati, sia durante i processi che in campagna elettorale. Ho proposto anche una sorta di codice deontologico che richiama ai principi di sobrietà e riservatezza, oltre che al dubbio come costume intellettuale e morale. Temo molto quando il magistrato inquirente è portato a vedere nella conferma in giudizio delle ipotesi accusatorie una condizione della propria credibilità professionale. Cesare Beccaria lo chiamava "il processo offensivo", nel quale il giudice anziché essere un "indifferente ricercatore del vero" diviene "nemico del reo"».

Nel volume, a più riprese si sottolinea il carattere "terribile", "odioso", del processo penale che, come sostenevano Montesquieu e Condorcet, è il potere dell'uomo sull'uomo, capace di rovinare la vita delle persone. Viene sottolineato come talvolta i titolari di questo potere possono cedere alla tentazione di ostentarlo. Nondimeno, Barberis fa notare come il populismo penale, nella forma del

dispotismo giudiziario è di fatto l'opposto del garantismo, proprio nel senso ferrajoliano del termine.

Il libro prosegue con la disamina di quello che viene identificato come il vero problema oggi. La totale assenza di un "sistema" normativo organico ed organizzato. Com'è noto, il nostro ordinamento dispone di leggi che – secondo l'A., risultano incomprensibili perfino ai giuristi, «mentre la chiarezza è l'unica condizione della loro capacità regolativa, sia nei confronti dei cittadini che nei confronti dei giudici. Per prima cosa il Parlamento dovrebbe far bene il proprio mestiere, ossia scrivere le leggi in modo chiaro e univoco. È questo il solo modo per contenere l'arbitrio del potere giudiziario. Un obiettivo che non si raggiunge certo riducendo l'autonomia dei giudici e dei pubblici ministeri a vantaggio del potere esecutivo».

Pertanto i due filosofi, tirando le somme di una applicazione normativa sempre più "emergenziale" e sempre meno sistematica da parte del legislatore, soprattutto in ambito penale, sono accomunati dalla medesima equazione argomentativa, ossia che è sempre meglio adottare politiche legislative forti e nell'immediato (appunto, emergenziali, per la paura dell'elettore medio) piuttosto che adottare riforme sistemiche, lungimiranti e ad ampio respiro. Tutto ciò dà luogo ad un cortocircuito ideale in cui l'eguaglianza formale del diritto penale è diventato il luogo della massima diseguaglianza. Quella che viene più facilmente colpita è la delinquenza di strada, con la sostanziale impunità dei potenti. Tali tesi vengono sempre corroborate da dati statistici di spessore. Come quelli secondo cui il 90 per cento delle condanne per fatti di corruzione negli ultimi vent'anni è stato inferiore ai due anni, con conseguente sospensione condizionale della pena. E, invece, l'evasione fiscale di fatto resta impunita.

Il potere politico, così come quello giudiziario, nondimeno, lasciati senza limiti e controlli, tendono a concentrarsi e ad accumularsi in forme assolute: a tramutarsi, in assenza di regole, in poteri selvaggi. Di qui la necessità non solo di difendere, ma anche di ripensare e rifondare il sistema delle garanzie. Solo un rafforzamento della democrazia costituzionale, attraverso l'introduzione di nuove e specifiche garanzie dei diritti politici e della democrazia rappresentativa, consente infatti di salvaguardare e di rifondare sia l'una che l'altra. L'idea elementare che il consenso popolare sia la sola fonte di legittimazione del potere politico mina alla radice l'intero edificio della democrazia costituzionale. Ne derivano insofferenza per il pluralismo politico e istituzionale; svalutazione delle regole; attacchi alla separazione dei poteri, alle istituzioni di garanzia, all'opposizione parlamentare, al sindacato e alla libera stampa; in una parola, rifiuto del paradigma dello Stato costituzionale di diritto quale sistema di vincoli legali imposti a qualunque potere.