

Prassi e teoria del garantismo penale  
Considerazione sulla genesi di *Diritto e ragione*

Esattamente trent'anni fa Luigi Ferrajoli consegnava all'editore Laterza un ponderoso manoscritto. Si intitolava *Diritto e ragione* e conteneva una teoria del garantismo penale. L'autore ci aveva lavorato per quasi dieci anni. Nel 1980 aveva pubblicato le voci pena, reato e processo all'interno del *Dizionario critico del diritto* curato da Cesare Donati per la casa editrice Savelli. Uberto Scarpelli, uno dei maestri di Ferrajoli, dopo aver letto e apprezzato quei densi contributi lessicografici, gli aveva suggerito di impegnarsi nella progettazione di un'opera complessiva di filosofia del diritto. Difficilmente avrebbe potuto immaginare quale sarebbe stato l'esito di quel suo suggerimento.

Ai primi lettori dell'opera non sfuggì che essa aveva “tutte le caratteristiche per diventare un classico”. Eugenio Raúl Zaffaroni scrisse: “*Diritto e ragione* ci restituisce il diritto penale liberale, dandone l'immagine più raffinata che ne sia stata costruita in questo secolo”<sup>1</sup>.

Questo autorevole giudizio si presta a un ulteriore svolgimento: proprio in quanto massima teoria del garantismo penale, *Diritto e ragione* rappresenta uno dei maggiori contributi giusfilosofici allo sviluppo del pensiero liberale contemporaneo. Sul fronte della giustizia penale, infatti, il liberalismo non aveva fatto molti passi in avanti dai tempi di Beccaria e Filangieri. Con *Diritto e ragione* ha compiuto un enorme progresso teorico.

Un'opera di tale importanza storica induce a chiedersi quale sia l'itinerario intellettuale attraverso cui l'autore è giunto a realizzarla? Per rispondere in modo adeguato a questo interrogativo occorrerebbe scrivere una biografia di Luigi Ferrajoli. Prima o poi qualcuno lo farà. Magari uno dei presenti. E io spero che il mio contributo odierno possa essergli utile.

---

<sup>1</sup> E.R. Zaffaroni, *La rinascita del diritto penale liberale o la “Croce rossa” giudiziaria*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo* cit., p. 383.

Proporrò un'ipotesi interpretativa attraverso due suggestioni. La prima è che l'articolata e compiuta teoria giuridica illustrata in *Diritto e ragione* nasce dalla prassi: in risposta alle sollecitazioni della realtà, a contatto con l'urgenza degli accadimenti, nel tumulto della lotta per il diritto e per i diritti nell'Italia degli anni '70. Il garantismo penale di Ferrajoli, in altre parole, si forma *in action* e si trasforma *in book*. La seconda suggestione – strettamente correlata alla prima – è che, con paradosso apparente, il paradigma liberale del “diritto penale minimo” costruito in *Diritto e ragione* deriva da una concezione della società, dei rapporti di potere, delle istituzioni politiche di matrice marxiana.

Volutamente evito di utilizzare l'aggettivo “marxista”, perché Ferrajoli ha sempre rifiutato la riduzione del pensiero di Marx a un *ismo* ideologico (tralignamento di una lezione intellettuale che nella critica ha la sua cifra autentica). E' rimasto estraneo al marxismo come religione politica, come tradizione di pensiero che nel novecento si è sclerotizzata nelle forme dogmatiche di una scolastica vacua, fatta di stilemi ripetitivi, pietrificata nell'ideologia ufficiale di uno Stato dispotico e imperialista.

La riflessione di Ferrajoli è invece influenzata dalla lettura delle opere di Marx: *La questione ebraica*, *l'Ideologia tedesca*; il Marx critico dello Stato borghese e demistificatore di un diritto classista che nasconde sotto la forma dell'uguaglianza la sostanza dei rapporti di dominio e soggezione.

E' accaduto spesso a Ferrajoli di citare una bellissima frase del suo maestro Norberto Bobbio: “Se non avessimo imparato dal marxismo a vedere la storia dal punto di vista degli oppressi, guadagnando una nuova immensa prospettiva sul mondo umano, non ci saremmo salvati. O avremmo cercato riparo nell'isola della nostra interiorità privata o ci saremmo messi al servizio dei vecchi padroni”<sup>2</sup>. Come Bobbio, Ferrajoli ha scelto di orientare la propria attività intellettuale a una dimensione pubblica, tenendo insieme politica e cultura; e come Bobbio non si è mai messo al servizio di alcun padrone.

---

<sup>2</sup> N. Bobbio, *Libertà e potere* (1955), in Idem, *Politica e cultura*, Torino, Einaudi, 1995, p. 281.

Inoltre, dal confronto con l'opera di Marx – diversamente da Bobbio – ha recepito in gioventù la postura anticapitalistica e la concezione dicotomico-confluttualistica della società, traendone le conseguenze sul piano dell'agire politico.

Sotto un profilo dirimente, tuttavia, la riflessione di Ferrajoli si è mossa da subito in direzione opposta alla prospettiva marxiana: contestandone la visione del diritto e la svalutazione delle libertà individuali. Le regole giuridiche, nella società borghese, riflettono certamente gli interessi economici della classe dominante e costituiscono fattori di stabilizzazione e riproduzione delle gerarchie sociali; ciò non toglie, però, che il diritto possa convertirsi in un potente strumento di emancipazione e possa essere radicalmente trasformato in senso garantista, fino ad imporsi come “legge del più debole” nei rapporti di lavoro, nelle relazioni familiari e all'interno della sfera pubblica.

A maggior ragione, secondo Ferrajoli, è politicamente insensato e dannoso squalificare come “borghesi” le libertà giuridicamente garantite: “la difesa [...] dei diritti di libertà – si legge in un importante saggio dei secondi anni '70 – rappresenta un obiettivo irrinunciabile della lotta di classe. Questa, del resto, è sempre stata la prassi del movimento operaio. Da oltre un secolo, da quando il conflitto sociale è primariamente conflitto tra classe operaia e capitale, le libertà civili e politiche hanno cessato di essere libertà soltanto borghesi. Esse hanno assunto bensì natura e ruolo anticapitalistico, quali strumenti indispensabili di organizzazione della lotta di classe”<sup>3</sup>.

Con questi orientamenti culturali e politici, una volta entrato in magistratura, nel 1967, Ferrajoli non poteva che avvicinarsi al gruppo di Magistratura democratica, che rappresentava l'anima progressista dell'associazionismo giudiziario; quella in cui si riconoscevano i magistrati più motivati a farsi carico

---

<sup>3</sup> L. Ferrajoli, *Esiste una democrazia rappresentativa?*, in L. Ferrajoli e D. Zolo, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Milano, Feltrinelli, 1978, p. 62.

del ruolo cruciale della giurisdizione nel processo di attuazione della Costituzione repubblicana e di adempimento delle sue promesse: prima tra tutte quella contenuta, nel secondo comma dell'art. 3, promosso dal leader socialista Lelio Basso: "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

All'interno di Magistratura Democratica, Ferrajoli si impegnò a fondo nell'attività associativa, arricchendola con le sue idee e con le sue proposte di iniziativa politica; teorizzando e incarnando un modello di giudice che, consapevole delle origini classiste dell'apparato istituzionale, si adoperasse per l'affermazione di una più sostanziale uguaglianza e per la demistificazione della falsa neutralità della produzione giudiziaria, inserendo l'attività giurisdizionale negli spazi aperti dalle lotte sociali. Un giudice che interpretasse tutte le leggi in conformità ai principi della Costituzione e rinviasse d'ufficio all'esame della corte costituzionale tutte le norme per le quali non fosse configurabile un'interpretazione aderente al dettato costituzionale.

All'inizio degli anni '70, in un impegnativo contributo teorico-programmatico firmato insieme a Vincenzo Accattatis e Salvatore Senese, Ferrajoli scriveva: "il ruolo alternativo che i magistrati democratici intendono svolgere in contrapposizione ai moduli tradizionali della giustizia di classe, si fonda su di una consapevole scelta di campo di contenuto politico opposto a quella che informa la giurisprudenza borghese d'ispirazione autoritaria o riformistico-razionalizzatrice: una scelta non già più politicizzata, ma politicizzata in senso diverso e contrario, cioè orientata non già alla difesa ed al servizio dell'assetto capitalistico vigente bensì all'emancipazione delle classi subalterne"<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> V. Accattatis, L. Ferrajoli, S. Senese, *Per una Magistratura Democratica*, in "Problemi del Socialismo, 1973, 13-14, pp. 164-165. La relazione fu presentata al "seminario ideologico" che MD svolse a Pisa nell'aprile del 1971.

Matura così il programma della giurisprudenza alternativa: una prassi giurisdizionale informata, da un lato, alla tutela dei diritti del lavoratore contro le ragioni della proprietà privata o della libera iniziativa economica; dall'altro, alla tutela del diritto di libertà contro le ragioni dell'autorità e dell'ordine pubblico.

E' nel contesto di questa "scelta di campo" che va compresa l'origine dell'attenzione di Ferrajoli per la questione penale come questione politica di primo rilievo. Per questo si può dire che la teoria del garantismo germina dalla prassi: quella giudiziaria e quella della militanza civile di giurista e magistrato democratico.

La connessione risulta evidente se si considera lo scarto tematico che in quest'epoca segna la bibliografia di Ferrajoli. Al suo esordio nella comunità scientifica dei filosofi del diritto, egli si era occupato di questioni relative alla teoria generale del diritto, distinguendosi da subito per l'originalità della sua riflessione metateorica. A partire dal 1970 i suoi scritti mutano di taglio e di argomento: non più saggi accademici, ma riflessioni critiche, operative, progettuali, orientate agli ideali politici del socialismo liberale (di un socialismo liberale, si badi bene, preso sul serio in entrambe le sue dimensioni).

Basta menzionare qualche titolo per dare un'idea del carattere militante di questi scritti: nel 1973 appare *Per una riforma democratica dell'ordinamento giudiziario*; nel '74, *Difesa della salute in fabbrica e articolo 9 dello statuto dei lavoratori*; nel '77, *Aborto, morale e diritto penale*; l'anno seguente, *Marxismo e questione criminale*; nel '78 *Stato autoritario, leggi liberticide, involuzione costituzionale*; alla fine del decennio, *Parlamento illusorio e parlamento reale*. Sono molteplici, come testimonia questo scarso elenco, gli ambiti della realtà sociale su cui si appunta l'attenzione di Ferrajoli: il mondo del lavoro, la legislazione penale, l'amministrazione della giustizia, l'ordinamento costituzionale, il sistema politico etc. Nella contestazione radicale dello *status quo*, il denominatore comune dei suoi interventi è l'assunzione del punto di vista

dei soggetti economicamente, socialmente e politicamente subordinati. Di volta in volta, Ferrajoli pensa e propugna il superamento dell'ordine giuridico vigente, in funzione delle rivendicazioni degli operai oppressi dall'organizzazione produttiva della fabbrica; della dignità dei detenuti disumanizzati dal sistema penitenziario; della liberazione delle donne assoggettate ai valori di un'etica maschilista; dell'emancipazione politica dei cittadini espropriati della sovranità democratica; della tutela degli imputati schiacciati dai meccanismi inquisitoriali del processo penale.

Non è Montesquieu a insegnare a Ferrajoli che dalla bontà delle leggi penali dipende la libertà del cittadino. È l'esperienza delle lotte sociali degli anni Settanta. Nel carattere marcatamente autoritario del sistema punitivo ereditato dal fascismo, Ferrajoli additava un ostacolo al libero dispiegarsi del dissenso politico. La forza della contestazione era compressa dalla legislazione penale. Chi come lui, dall'interno delle istituzioni, aveva scelto di schierarsi al fianco dei soggetti che lottavano per conquistare diritti e realizzare forme più eque di organizzazione sociale non poteva restare indifferente alla criminalizzazione e alla repressione degli operai, degli studenti, dei sindacalisti protagonisti della stagione di intensa conflittualità apertasi all'indomani del '68. Liberalizzare il sistema penale significava, da questo punto di vista, liberare dalla stretta repressiva i movimenti di emancipazione sociale. L'esigenza di libertà, dalla cui spinta muoveva la critica della legislazione e delle prassi giudiziarie parallelamente alla teorizzazione del garantismo penale, era dunque un'esigenza di "libertà liberatrice", per dirla con le parole che Alessandro Galante Garrone prese in prestito da Adolfo Omodeo: una libertà strettamente correlata a una radicale istanza di giustizia sociale.

Non mi è possibile, ovviamente, dar conto dei numerosi scritti che documentano lo sviluppo della riflessione di Ferrajoli sul diritto e sul processo penale e che rivelano la progressiva maturazione della teoria sistematizzata in *Diritto e ragione*. Vorrei però richiamare l'attenzione almeno su un testo che mi

pare emblematico rispetto a quanto ho detto finora sulle origini del garantismo ferrajoliano. Si intitola *Un referendum abrogativo dei “reati di opinione”* ed è datato 1970. E’ il primo scritto riguardante il diritto penale firmato da Ferrajoli; ed è la prima proposta di referendum abrogativo nella storia della Repubblica italiana.

L’iniziativa – annunciata al congresso dell’A.N.M.I. di Trieste – era presentata come “lo sbocco coerente della battaglia per le libertà politiche che magistratura democratica, in collegamento con le forze popolari – sta[va] conducendo da anni dall’interno dell’ordine giudiziario”<sup>5</sup>. Nella relazione che precedeva il progetto di referendum, Ferrajoli si soffermava innanzitutto sul nesso tra la configurazione del diritto penale, l’effettiva consistenza della libertà politica e i rapporti di potere nella società italiana:

In una società capitalistica come è la nostra – fondata sul dominio di una classe privilegiata, e sulla subordinazione politica ed economica delle classi popolari – la libertà politica, pur se assicurata in via di principio dalla Costituzione, rimane sempre una libertà vigilata: una libertà, cioè, che viene consentita ove non metta in pericolo l’assetto di interessi politici, economici e culturali su cui si regge il potere della classe dominante, ma che viene impedita con lo strumento della repressione penale, non appena il suo esercizio sia diretto a contestare, anche solo sul piano delle idee, gli assetti di potere esistenti. Non dobbiamo stupirci, perciò, se il nostro ordinamento, dopo essersi dato una costituzione democratica, ne abbia poi svuotato il contenuto innovatore conservando pressoché immutato il sistema delle norme illiberali e repressive introdotte dal regime fascista. La mancata emancipazione politica ed economica della masse popolari, ed i conflitti di classe che ne conseguono, fanno infatti di quelle norme degli strumenti tuttora indispensabili di conservazione politica<sup>6</sup>.

Suffragata in questi termini la proposta di soppressione dei reati d’opinione – per riscattarla dall’apparenza di un’anacronistica “battaglia liberale,

---

<sup>5</sup> L. Ferrajoli, *Un referendum abrogativo dei “reati di opinione”*, in “Democrazia e diritto, 1970, 3, p. 319.

<sup>6</sup> *Ivi*, pp. 319-320.

ottocentesca” –, Ferrajoli investiva i magistrati di una decisiva responsabilità politica nei confronti dei cittadini, spronandoli a un coerente atteggiamento di fedeltà costituzionale. A nome di MD, si rivolgeva dunque all’intera Associazione Nazionale Magistrati affinché facesse propria l’iniziativa referendaria, chiamando i cittadini a dire “se la Costituzione repubblicana” aveva veramente trasformato lo Stato italiano “in un ordinamento democratico fondato sulla libertà”<sup>7</sup>.

Il progetto di referendum approntato da Ferrajoli non aveva pretese di completezza, ma riguardava solo le “norme illiberali” più “insopportabili per un ordinamento democratico”: “norme che incriminano comportamenti consistenti nell’esercizio di diritti garantiti dalla Costituzione; e che sono poste, per contro, a tutela di interessi e di finalità politiche che [...] la Costituzione ha espressamente respinto dal proprio sistema di valori”<sup>8</sup>. Rientravano nel novero di tali norme tutti i reati di vilipendio, alcuni reati di associazione, di istigazione e di ingiuria e diverse altre figure di reato: nel complesso, si proponeva l’abrogazione di 34 articoli del codice penale, nonché della legge n. 374 del 1939 sulla “Consegna obbligatoria di esemplari degli stampati e delle pubblicazioni”, e di 3 articoli della legge n. 645 del 1952, relativa all’attuazione della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione.

Sul piano politico, la questione dei limiti materiali della discrezionalità potestativa del legislatore penale – più tardi approfondita da Ferrajoli dal punto di vista teorico – è già chiaramente posta in questo scritto. Nonostante le ampie adesioni ottenute tra i partiti, i sindacati e le organizzazioni della società civile, l’iniziativa referendaria di MD si infranse contro lo scoglio della raccolta firme e, nel settembre del 1971, dovette essere archiviata. Proseguì invece, incrementando negli anni la sua portata e il suo impatto, la battaglia garantistica di Ferrajoli: come giudice, fino al 1975; poi come intellettuale, militante politico e professore universitario. Una battaglia sorretta da un costante impegno di

---

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 321.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

riflessione critica e da un'inesauribile capacità di elaborazione teorica. Una battaglia per la civiltà del diritto, nel segno della ragione.