

## Rivista di Studi Politici

Anno XXVII – Ottobre/dicembre 2015  
Trimestrale dell'Istituto di Studi Politici "S. Pio V"  
ISSN: 1120-4036

Direttore Responsabile: **Antonio Iodice**

Comitato di Redazione:  
**Francesco Anghelone** (coordinatore), **Luca Alteri**

Comitato Scientifico:

**Paolo De Nardis**, presidente (Sapienza Università di Roma), **Giuseppe Acocella** (Università "Federico II" di Napoli), **Maria do Céu Pinto** (Università di Minho-Braga), **Giovanni Dotoli** (Università di Bari), **Klaus Eder** (Università di Humboldt-Berlino), **Gianni La Bella** (Università di Modena e Reggio Emilia), **Antonio Magliulo** (UNINT – Università degli Studi Internazionali di Roma), **Valeri Mikhailenko** (Università Federale di Ural-Yekaterinburg), **Matteo Pizzigallo** (Università "Federico II" di Napoli), **Gianluigi Rossi** (Sapienza Università di Roma), **Tilo Schabert** (Università Federico-Alessandro di Erlangen-Norimberga), **Juan Zabalza Arbizu** (Università di Alicante).

 **Peer Reviewed Journal**

La rivista adotta un sistema di valutazione degli articoli presentati basato sulla revisione paritaria e anonima (*peer-review*). I criteri di valutazione adottati riguardano: l'originalità del lavoro, la rilevanza scientifica, il rigore metodologico e l'attenzione alla letteratura italiana e straniera sull'argomento.

La rivista ospita anche contributi in lingua straniera.

Direzione e Redazione: Piazza Navona 93 – 00186 Roma  
Tel.: 06.68.65.904 – Fax 06.68.78.252

Registrazione del Tribunale di Roma n. 459/89 del 22-7-1989

**Editrice APES**: Piazza Navona 93 – 00186 Roma

Gli articoli, i saggi, le lettere, le fotografie e i disegni,  
anche se non pubblicati, non si restituiscono.

Costo di una copia: euro 12,00 (arretrati euro 24,00)

**Abbonamento annuale:**

per l'Italia: euro 40,00

per l'Estero: euro 80,00

via aerea: euro 95,00

Da versare sul conto corrente postale n.18086009 intestato alla  
Editrice APES, Piazza Navona, 93 – 00186 Roma.

Per informazioni: [editrice.apes@istitutospio.it](mailto:editrice.apes@istitutospio.it)

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Le copie non pervenute agli abbonati dovranno essere richieste entro dieci giorni dal ricevimento della copia successiva. Trascorso tale termine le copie richieste dovranno essere acquistate.

La rivista è in vendita nelle principali librerie.

Periodico trimestrale - Pubblicità inferiore al 70%

## In questo numero

### Editoriale

*Antonio Iodice* .....5

### Focus

Il caso spagnolo e la "vittoria fragile"

*Adriano Cirulli* ..... 11

Lo strano caso delle elezioni portoghesi nel sud Europa  
dell'austerità

*Guya Accornero* .....27

### EUROPA

Le radici cattoliche della democrazia italiana

*Antonio Magliulo* ..... 43

### MEDITERRANEI

Lo Yemen, un Paese diviso

*Claudio Laiso* .....65

### INCONTRO DI CIVILTÀ

Il ruolo dei media nel genocidio ruandese

*Teresa Caterino* ..... 101

### SOCIETÀ

I Testimoni di Geova, il rifiuto di emotrasfusioni e  
amministrazione di sostegno: l'intervento del giudice nel  
difficile equilibrio tra obiezione di coscienza e bilanciamento  
tra interessi costituzionali

*Luigi Notaro* ..... 127

Vicent Ferrer: il pensiero di un predicatore medioevale spagnolo tra teoria del linguaggio e filosofia politica <i>Antonio Scoppettuolo</i> .....	149
Sulla riforma costituzionale e sulla miseria della politica. Stelloncini di etica; politica e diritto <i>Fulvio Tessitore</i> .....	165
Nel duecentocinquantenario de <i>Dei delitti e delle pene</i> . Conflitto tra poteri o latente crisi dello Stato di diritto? Dell'agire istituzionale e della sua legittimità <i>Vincenzo Rapone</i> .....	171
<b>LIBRI CONSIGLIATI</b> .....	199
<b>GLI AUTORI</b> .....	209

*Antonio Iodice*

## Editoriale

Negli ultimi tempi ogni elezione nazionale in un paese dell'UE viene letta come un plebiscito pro o contro il progetto europeista. La suddetta chiave di interpretazione è addirittura rafforzata quando la competizione elettorale si svolge all'interno di uno dei "PIIGS", cioè degli Stati maggiormente in difficoltà nel rispettare i parametri europei. Questo numero della Rivista, di conseguenza, non poteva esimersi dal commentare lo scenario politico della Spagna e del Portogallo, andati al voto nell'autunno-inverno 2015, in entrambi i casi dopo un periodo di forte mobilitazione sociale. Due giovani studiosi, esperti dei rispettivi casi, hanno evidenziato le differenze tra Portogallo e Spagna, nonostante la prossimità geografica e i tratti di storia comune possano indurre a considerare la penisola iberica come un *unicum*. Al contrario, Guya Accornero e Adriano Cirulli sottolineano i percorsi specifici di due paesi che hanno accompagnato l'unificazione del continente negli ultimi trenta anni. Il dato maggiormente interessante, rispetto alle elezioni parlamentari portoghesi del 4 ottobre 2015, è costituito dalla capacità, da parte di Lisbona, di "digerire" il malcontento anti-europeista dentro il proprio sistema politico e non al di fuori, senza l'emersione di partiti o movimenti populistici, xenofobi o vetero-nazionalisti. La sinistra radicale, infatti, ha raccolto un quinto dei voti validi e si è detta da subito disposta a governare con il centro-sinistra, mettendo all'opposizione il centro-destra, che pure aveva avuto la coalizione di "Portogallo Avanti" con la maggioranza relativa. Ne è scaturito,

un bicameralismo perfetto, si rivolgono parimente a "ciascun membro del Parlamento", senza differenziazioni quanto a diritti e doveri, perché eguali ed egualmente eletti.

Insomma i nostri tenaci, ciarlieri oppositori, autentici acquafrescai, cadono o nel collassamento culturale o nel collassamento etico-politico purtroppo in atto. Scelgano loro.

## SOCIETÀ

*Vincenzo Rapone*

### **Nel duecentocinquantenario anniversario de *Dei delitti e delle pene* Conflitto tra poteri o latente crisi dello Stato di diritto? Dell'agire istituzionale e della sua legittimità**

Non è superfluo ricordare come l'opera di Cesare Beccaria costituisca un momento importante della civilizzazione giuridica europea: per quanto la strada politicamente intrapresa nell'ambito del processo di costituzionalizzazione degli Stati occidentali sia quella caratterizzata dalla costruzione dello Stato-persona e preconizzata nella linea Kant-Rousseau, i singoli ordinamenti hanno recepito varie tra le istanze di razionalizzazione e umanizzazione del processo e della somministrazione della pena, portato giuridico della coraggiosa e originale pubblicazione de *Dei delitti e delle pene*<sup>1</sup>. Abolizione generalizzata della tortura e della pena di morte, costituiscono, infatti, quel nucleo di valori essenziali, non differibili e non sottoposti al vaglio dell'opinione pubblica, che dobbiamo, in maniera rilevante, all'opera di un non-giurista, come Cesare Beccaria. "Uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse, e per conseguenza la vigilanza dei magistrati, e quella severità di un giudice ineso-

<sup>1</sup> L'edizione de *Dei delitti e delle pene* di cui ci si è serviti nel presente lavoro, e dalla quale sono tratte le citazioni, è quella curata da A. Burgio, con Prefazione di Stefano Rodotà, Feltrinelli, Milano 2014.

rabile, che, per essere un'utile virtù, dev'essere accompagnata da una dolce legislazione. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza di impunità; perché i mali, anche minimi, quando sono certi, spaventano sempre gli animi umani, e la speranza, dono celeste, che sovente ci tien luogo di tutto, ne allontana sempre l'idea dei maggiori, massimamente quando l'impunità, che l'avarizia e la debolezza spesso accordano, ne aumenti la forza<sup>22</sup>: è bene, però, ricordare come lo spirito umanitario, la fondamentale istanza di razionalizzazione dell'universo normativo, vivano in Beccaria su uno sfondo sottostante, quello della definizione e della qualificazione del fenomeno normativo. Quella che progressivamente si configura nelle pagine de *Dei delitti e delle pene* è l'istanza di sottrazione della pena e della sfera normativa in generale a quell'universo pre-moderno, segnato dall'irrazionalità, dalla crudeltà, dall'uso 'esemplare' della punizione, dalla costituzione del reo come lavacro della coscienza collettiva, al fine di consegnarla a un ambito circoscritto filosoficamente dall'utilitarismo e politicamente dal dispotismo illuminato. Così: "I Paesi e i tempi dei più atroci supplicii furon sempre quelli delle più sanguinose ed inumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore, reggeva quella del parricida e del sicario. Sul trono dettava leggi di ferro ad anime atroci di schiavi, che ubbidivano. Nella privata oscurità stimolava ad immolare i tiranni per crearne nuovi"<sup>23</sup>. Gli "atroci supplizi", cui Beccaria fa riferimento – che un pensatore così atipico come Foucault efficacemente descrive nelle prime pagine del suo *Sorvegliare e punire*, rilevando, da par suo, nonostante ogni sforzo di razionalizzarla, l'inemendabile crudeltà della pena –, non riuscirebbero a rispondere in nessun modo alla problematica della qualificazione normativa dell'agire, caratteristica di ogni Stato, la cui autorità sia legittimata, differenziandosi da un ordinamento puramente fattuale.

<sup>2</sup> *Ivi*, § XXVII, p. 75.

<sup>3</sup> *Ivi*, § XXVII, pp. 77-78.

*Dei delitti e delle pene* si conclude, inoltre, con un appello alla difesa di quello che in seguito si è strutturato come principio di legalità. Il potere degli organi applicatori, inclusi i giudici, è definito tirannico nella misura in cui rinvia all'*arbitrium* – modalità che connota l'amministrazione medioevale della giustizia – ossia all'eccesso, al potere, all'ingiustizia, cui si oppone un potere esercitato nei limiti definiti dalla legge<sup>4</sup>. Che la pena derivi solo da "assoluta necessità", che sia commisurata al reato, che l'esercizio del potere sanzionatorio e del potere in generale debba essere costante e non sottoposto ad alcuna forma di arbitrio<sup>5</sup>, in altre parole, i capisaldi teorici del testo di Beccaria rinviano essenzialmente a una critica del potere tradizionale, qualificabile come dispotico, indistinguibile da una situazione fattuale.

Lo stesso tema della pena di morte è affrontato non come difesa di un diritto fondamentale, il diritto alla vita, ma come momento in qualche modo interno all'organizzazione razionale del potere: la pena di morte, innanzitutto, non è recisamente negata da Beccaria. Egli non teme di contraddirsi, sostenendo, nell'arco di poche righe, come: "Non è dunque la pena di morte un diritto, mentre ho dimostrato che tale essere non può, ma è la guerra di una nazione con un cittadino, perché giudica necessaria o utile la distruzione del suo essere. Ma se dimostrerò essere la morte non utile, né necessaria,

<sup>4</sup> "Le plus grand mérite historique de Beccaria réside dans le fait qu'il a placé la question pénale au coeur des processus de transformations et de rationalisation de la société du XVIII<sup>e</sup> siècle. De ce fait, il lie de manière indissoluble la condition et la 'qualité' du pénal aux degrés de civilisation de toute société moderne. Après son livre, cette connexion est évidente et incontestée, bien qu'au XX<sup>e</sup> siècle, elle soit reconsidérée, notamment en suivant l'idée d'un droit pénal technique, instrumental et neutre, de nature exclusivement dogmatique", M. Sbriccoli, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in *Beccaria et la culture juridique des lumières*, in *Actes du colloque européen de Genève*, 25-26 novembre 1995, Etudes historiques éditées et présentées a cura di M. Porret, Genève 1997, p. 179.

<sup>5</sup> Per una ricognizione della dottrina, anteriormente all'istaurazione dello Stato di diritto, con riferimento soprattutto alla Francia, cfr. B. Schnapper, *Les peines arbitraires du XIII<sup>e</sup> aux XVIII<sup>e</sup> siècles. Doctrine savantes et usages français*, Paris 1974.

avrò vinto la causa dell'umanità"<sup>6</sup>. In realtà, Beccaria, praticamente di seguito, enuncia due casi, in cui la pena di morte può essere ritenuta necessaria: quando un singolo mina la sussistenza in vita stessa della nazione, oppure quando l'ordinamento giuridico, inteso nel suo complesso, è sconvolto, in uno stato di anarchia. Questa contraddizione è solo apparente, nella misura in cui è del pensiero di Beccaria considerare la razionalizzazione su base utilitaristica, interna ai limiti dell'ordinamento, non inclusiva del problema della morte e dello stato di eccezione indotto dalla messa in pericolo della sua sussistenza. Su entrambi, grava un potere che è riconducibile a una sovranità non normata dal diritto, ragion per cui ha ragione Audegean quando titola un capitolo del suo bel libro dedicato a Beccaria *Al di qua del bene e del male*<sup>7</sup>. Se sul punto Beccaria sconta la referenza politica del suo sistema a un soggetto politico, che è il sovrano illuminato, garante dell'esercizio del potere in aree extra-ordinamentali, possiamo dire che mitezza della pena, somministrazione della stessa a scopi di prevenzione generale, nonché negazione della pena di morte come espressione della sovranità dello Stato e della natura relazionale del potere sono principi ormai irrinunciabili, su cui la moderna civilizzazione giuridica si è edificata. Attraverso Beccaria si è sancita una certa indisponibilità da parte dello Stato nel disporre della sfera dei diritti, ancor prima che del cittadino, della persona.

Lo si ribadisce: l'opera di Beccaria è a tal punto iscritta nella nostra tradizione giuridica da interrogare, con la sua potenza teorica, con la sua tensione riformatrice, un presente caratterizzato dal sempre maggiore vacillare delle istanze illuministiche di razionalizzazione e di progresso. Ben venga, dunque, un lavoro, come quello di Elio Palombi il cui scopo esorbita la sua ricostruzione in termini logico-concettuali, e non è tanto rivolto a una ripresa filologico-antiquaria del pensiero del grande riformatore illuminista,

<sup>6</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 2, p. 38.

<sup>7</sup> Cfr. P. Audegean, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire* (2011), trad. it., *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Carocci, Roma 2014.

quanto, piuttosto, a una meritoria attualizzazione del suo pensiero, a un'interrogazione, cioè, dello stato dell'amministrazione della giustizia alla luce dei valori riformisti dell'Illuminismo e delle tesi espresse in *Dei delitti e delle pene*, pubblicato 250 anni or sono. Il tema della necessaria razionalizzazione della pena, contestuale alla creazione dello Stato di diritto, quale sistema di definizione e qualificazione dell'universo normativo, è pertinentemente evidenziato da Palombi, che mette in luce come la "posta in gioco", in Beccaria, nella sua radicalità, sia costituita dalla problematica della razionalizzazione dell'esercizio del potere, e, conseguentemente, della sovranità, ossia, ancora, della connessione auspicabile, e in un certo senso necessaria, tra esercizio stesso del potere e sua legittimità: "In un'epoca in cui il sistema penale muoveva i primi passi per cercare di imporre limiti all'abuso del potere statale, al fine di garantire la libertà dei cittadini, occorreva rompere con il passato e scardinare un'impalcatura giuridico-sociale annientatrice dei diritti dell'individuo, ricorrendo a un programma etico-politico di semplificazione del sistema, onde impedire al giudice ogni arbitrio interpretativo"<sup>8</sup>.

La pubblicazione di questo bel contributo viene in un momento di vacillamento di alcune certezze, che sino a questo momento hanno costituito la stoffa più intima delle nostre democrazie, che si sono costituite in risposta ai totalitarismi che hanno caratterizzato il "secolo breve": lo scontro di civiltà con l'Islam, il conseguente periodico ripresentarsi di uno "stato d'eccezione" legato al pericolo terroristico, problematiche interne, legate, almeno in Italia, alla lotta a fenomeni quali la mafia, il proliferare in generale di associazioni criminali che contendono con lo Stato l'uso della forza, la lotta al malcostume e alla corruzione dilagante, ha fatto riaffiorare il dibattito sui limiti dell'esercizio e dei modi del potere di punire, riaprendo anche quello sull'opportunità della tortura, senza però che si sia giunti a negare le fondamentali conquiste illuministiche in materia di razionalizzazione del trattamento penale e della somministrazione della pena. Il problema che attira l'interesse di Palombi, però, è

<sup>8</sup> E. Palombi, *Beccaria oggi*, cit., p. 13.

un altro. Riguarda, piuttosto, i rapporti tra potere legislativo e potere dei giudici, colto nell'ambito delle problematiche istituzionali degli Stati contemporanei, con particolare attenzione al "caso Italia": la questione dei limiti del potere giurisprudenziale nell'attualità è particolarmente a cuore a Palombi, il cui richiamo a Beccaria è funzionale proprio a evidenziare i rischi che il potere dei giudici strabordi sempre più dai suoi limiti costitutivi, assegnatigli dalla Carta costituzionale, per assumere uno statuto che non è eccessivo definire 'politico'.

Questa situazione, così lucidamente evidenziata da Palombi, ci dà l'opportunità di rileggere, seppur di sorvolo, la storia della trasformazione complessiva dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, rapporti la cui ridefinizione ha luogo, si badi bene, a partire da istanze portate avanti da soggetti che non erano giuristi di professione, i *philosophes* illuministi. La rivolta nei confronti di quel tipo di giustizia, che, per comodità abbiamo definito qui dispotica, non proviene, infatti, da giuristi, ma, al contrario, da non esperti in diritto, da non tecnici, da persone strutturalmente non legittimate a parlare, che si sono mosse contro l'attitudine, squisitamente conservatrice, che tradizionalmente connota i giusperiti.

Con l'Illuminismo, sono stati i 'non-tecnici' a invocare una profonda trasformazione del sistema. Se temi come il processo giusto, il divieto di tortura, il divieto di pena di morte, la stessa proclamata inviolabilità di diritti considerati "fondamentali", indisponibili al potere politico, costituiscono la grammatica elementare dei sistemi giuridici occidentali è per merito di intellettuali, motivati soprattutto da passione civile. A proposito del rapporto tra Stato e cittadino, Beccaria, contrariamente a quanto sostenuto da un certo orientamento della critica, si riferisce più a Montesquieu che non a Rousseau, sostenendo come: "Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica. Proposizione che si può rendere generale così: ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico"<sup>9</sup>; notiamo come, in Beccaria, l'istanza formalistica sia espressa in termini pru-

<sup>9</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 2, p. 37.

denziali. Si parla, infatti, di traduzione in termini generali di una proposizione, così come di rapporto "di uomo ad uomo". Ciò vuol dire che la giuridicità di qualsivoglia atto è una costruzione che si dipana a partire da situazioni di fatto, senza che ci sia un'automatica trasvalutazione normativa della situazione concreta, esito controfattuale, invece, di un formalismo più rigido. Ciò detto, tenendo conto che lo stesso giudizio di necessità è un giudizio elastico, in una certa misura regolato dal legislatore, è importante notare come quest'affermazione, così drastica e condivisibile, abbia avuto una lunga vita, penetrando sin nel linguaggio della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in virtù della quale ogni interferenza dello Stato nella vita della persona è ammissibile, se e solo se prevista dalla legge e legittima solo se necessaria: tutto ciò che esorbita da questa sfera non è situato in un'area disponibile dallo Stato.

Nell'ambito della limitazione della sovranità e degli effetti che da ciò derivano in termini di legislazione, altro tema per eccellenza interno alla critica di Beccaria al sistema giuridico del suo tempo, quello della formazione e dell'applicazione della legge e del rapporto tra fonti intese in senso formale, nonché della definizione del potere dei giudici, è, come emerge dal lavoro di Palombi, ben lungi dal pervenire a una pacifica quanto unanime definizione. Le questioni legate all'Italia, che giustamente sono molto a cuore all'Autore, certamente pertinenti, possono però essere oggetto d'interesse del teorico come del filosofo del diritto, a patto che siano chiare le trasformazioni che, al livello dell'ordinamento oggettivo, hanno modificato il rapporto tra potere legislativo e potere giurisprudenziale, che si è notevolmente complessificato, rispetto al tempo in cui Beccaria scriveva. Quella dei rapporti tra legge e potere dei giudici è una problematica che affonda le radici in un lontano passato, e che sarà bene ripercorrere nelle sue grandi linee, per chiarire il contesto oggettivo nel quale la critica di Palombi va a situarsi. Il tema della natura della legge e della legittimazione del giudice, la problematica del "processo giusto" ha una lunga storia, che va ricostruita al livello delle complesse dinamiche dell'ordinamento, inteso in senso oggettivo, nonché della sua evoluzione trans-nazionale: solo ed

esclusivamente su questo tessuto sarà possibile impiantare l'innegabile particolarità del 'caso Italia'.

Su un piano più generale, legato alle trasformazioni dell'ordinamento oggettivo, i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario hanno avuto una lunga storia, interna alla dottrina illuministica e, più in generale, al processo di positivizzazione del diritto: prima durante il Settecento e poi con Napoleone, che impresse una particolare curvatura a tutta l'interpretazione del Codice, in una direzione particolare, che ha segnato sin da subito il divorzio tra legge e giudice, mascherato, però, dall'ideologia caratterizzante in senso proprio il positivismo statualistico, improntato dall'onnipotenza della legge, dalla completezza dell'ordinamento, dalla sua coerenza, dalla sua pretesa di non emendabilità in rapporto all'evoluzione dei tempi. Allo stesso modo in cui, con buona pace di molti, la dittatura napoleonica non può essere considerata che come il tradimento delle istanze democratiche e liberali della Rivoluzione, solo apparentemente il Codice segue la linea illuministica, nascendo sì da giuste istanze e rivendicazioni di razionalizzazione del sistema, ma, in realtà, finendo per negarla, come vedremo in dettaglio tra breve.

Il momento in cui Beccaria scrive, è di particolare euforia: l'uscita di *Dei delitti e delle pene* è di non molto successiva all'opera di Voltaire, *Il Trattato sulla tolleranza*, in cui si assiste un moto di rivolta nei confronti della giustizia penale. La visione del mal funzionamento del sistema che, come abbiamo rilevato, non viene da tecnici del sistema, si sposa con un movimento oggettivo di razionalizzazione del sistema delle fonti, sostenuto da alcune codificazioni, che tuttavia non hanno la portata di quella del 1804. Per quanto, dunque, un movimento di riorganizzazione delle fonti del diritto sia già presente nel momento in cui Beccaria scrive, il sistema normativo del suo tempo è abbastanza complesso, se non confuso, al punto da rispondere completamente dalla presa in giro dell'amministrazione della giustizia che Rabelais, ad esempio, ne pone in essere nella sua opera. L'istanza di razionalizzazione del sistema delle fonti, d'altra parte, è sicuramente presente in Beccaria: "Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte com-

pilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha ancora il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d'oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iracunda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che, tremando, dovrebbero reggere le vie e le fortune degli uomini"<sup>10</sup>. Per quanto quel sistema fosse in evoluzione, l'ordinamento giuridico è ancora un cumulo disorganico di stratificazioni eterogenee, composto da una parte normativa di volontà del principe, fonti consuetudinarie, fonti corporative e, più in generale, professionali, statuti comunali, diritto romano, diritto civile e canonico, *corpus juris civilis*, opinioni di giudici e notai, eterogenei sia in quanto a contenuto che in quanto a forma. Il margine interpretativo, al limite, se non oltre l'abuso, era possibile, se non normale. Inoltre, la conoscenza diventa fonte di un potere corporativo, e la conoscenza di questo diritto era impossibile ai non-tecnici, i quali tendevano a costituirsi in casta. Le aspirazioni alla semplificazione erano ormai molto radicate: Beccaria propone la sua posizione, che si radica nella tradizione illuministica, che si basa sull'utilitarismo. Il giudice ricostruisce, valuta il fatto, e la valutazione è automatica, e il giudice è semplice bocca della legge, secondo un modello proprio del sistema di *Common Law*. Si tratta di un punto colto con assoluta precisione da Palombi, per il quale: "Nel tentativo di uscire dallo stato di crisi, i riformatori illuministi, cui non sfuggiva l'esigenza di ancorarsi strettamente al principio di legalità, puntarono per un verso sul principio di unificazione legislativa, mentre per altro cercarono di arginare l'arbitrio interpretativo, affidando al giudice il compito di attenersi strettamente alla lettera della legge. Le ragioni che spingono Cesare Beccaria a impegnarsi nella realizzazione di un'opera dai contenuti altamente umanitari, nascono dall'indignata reazione di fronte al degrado della giustizia, amministrata in maniera crudele e disumana. L'ordinamento giu-

<sup>10</sup> *Ivi*, *A chi legge*, p. 31.



ridico, piegato alle esigenze e agli interessi delle classi dominanti, non trovava nella legge un punto di riferimento obiettivo e un freno agli arbitrii e agli abusi sistematici"<sup>11</sup>.

Il lavoro di interpretazione appartiene, secondo Beccaria, per intero al legislatore, unico autorizzato in tal senso. Se in questo modo si rafforza il dogma della sovranità dello Stato, resta anche vero che, negando l'arbitrio in questa direzione, si evitano tutti i problemi legati all'abuso di potere di singoli, che, rivestiti del manto della scienza, potrebbero farla parlare come più a loro conviene, attribuendole, a seconda delle circostanze, questo o quel significato. Scrive Beccaria, conferendo testimonianza della misura in cui il suo ideale di giustizia resta sottoposto e vincolato a un criterio squisitamente utilitaristico: "Un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione delle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali conseguenze. Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti, tanto più crudeli quanto minore è la distanza tra chi soffre e chi fa soffrire, più fatali di quelle di uno solo, perché il dispotismo di molti non è correggibile che dal dispotismo di uno solo e la crudeltà di un dispotico è proporzionata non alla forza, ma agli ostacoli"<sup>12</sup>. Rifiutato ogni ricorso allo 'spirito della legge', asserita la necessità dell'interpretazione letterale, si ritiene auspicabile la possibilità che il solo legislatore possa correggere se stesso, onde limitare i danni di una proliferazione contraddittoria delle interpretazioni.

<sup>11</sup> E. Palombi, *Beccaria oggi*, cit., p. 14.

<sup>12</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § IV, p. 42.

Si tratta di un passo sul quale è bene soffermarsi, rispetto a una serie di questioni: in particolare, è chiaro come la referencia politica di Beccaria al despota illuminato emerga in due punti: da un lato, il dispotismo di molti è correggibile solo dal dispotismo di uno – ma pur sempre di dispotismo si tratta – dall'altro, la crudeltà del dispotismo è proporzionale non alla sua intrinseca forza, quanto, piuttosto, agli ostacoli che gli si frappongono. Perciò, questo il tenore del ragionare di Beccaria, basterà semplicemente eliminare gli ostacoli e le pulsioni-interessi parziali che si oppongono al potere sovrano, per ridurre il dispotismo. Pur nell'ambito di un senza dubbio condivisibile afflato di limitazione del potere dei giudici e di razionalizzazione del sistema delle fonti, la cui necessità è efficacemente affermata da Palombi nella sua opera, in Beccaria si sostiene come semplificazione normativa finalizzata all'emersione della sfera fattuale ed esercizio sovrano siano le forme di una razionalizzazione di un sistema delle fonti, che non prescinde da un dispotismo, seppure 'illuminato' anzi, si alimenta ad esso.

Questo moto di razionalizzazione, seppur mediato dalla concezione di Rousseau, avente quale oggetto la legge quale espressione della volontà generale, ha un suo punto di concretizzazione con la Rivoluzione francese, ma, soprattutto, con la codificazione: il Codice del 1804, infatti, è la conseguenza logica di questo divieto di interpretazione (criterio che comunque, si badi bene, ha esso stesso bisogno di essere interpretato) a carico del giudice, portando a compimento certe istanze illuministiche. Elaborazione di un diritto espressione della raggiunta unità della nazione, costituzione unitaria dei soggetti giuridici, uguaglianza degli stessi di fronte alla legge, produzione della stessa ad opera esclusiva del legislatore, applicazione del giudizio ad opera di un terzo imparziale, obbligato alla semplice decifrazione del fatto, interpretazione letterale della legge, sono tutti principi integralmente recepiti dal Codice Napoleone, momento essenziale di quel processo più ampio, riconducibile, secondo molti, a un movimento complessivo di costituzionalizzazione del diritto privato. Il Codice voluto da Napoleone, opera che intende suggellare, imperitura ed eterna, un nuovo corso dell'umanità, resa

a sua volta possibile dall'esito cesaristico della Rivoluzione, porta a compimento le idee dell'Illuminismo in generale. Se, da un lato, esalta i principi riformatori di Beccaria, dall'altro pone le basi della smentita del progetto giuridico dell'Illuminismo, nello stesso modo in cui l'Impero è stato la smentita della svolta repubblicana. Certamente, lo si ribadisce, il Codice viene a compimento di certe rivendicazioni, costruito com'è intorno al divieto di interpretare, e apparentemente ne porta a compimento le istanze, quali il monopolio della produzione normativa, dell'interpretazione e dell'applicazione efficace delle leggi da parte del sovrano, abolizione del diritto dei ceti, riunione in un testo unico delle norme: al tempo stesso, però, ne contiene il punto di rottura, espresso non solo nei principi, ma anche nel tradimento della volontà dei redattori. Le leggi positive non possono regolare tutto; questo il senso delle intenzioni reali di Portalis, redattore e mente del Codice del 1804: al giudice e ai giuristi sarebbe spettato, comunque, il compito di rendere possibile l'opera di adeguamento della volontà del legislatore alle mutate situazioni sociali: purtroppo, l'intenzione reale del legislatore fu trasformata da Napoleone. Se, tramite il *référé législatif*, attraverso il quale la questione dubbia era restituita al legislatore, tramite l'intermediazione del *Tribunal de cassation*, che era stata soppiantata dalla *Court de Cassation*, non più diretta emanazione del potere legislativo, si era inteso in qualche modo riasserire il principio di non-onnipotenza del legislatore, l'intervento di Napoleone muta in maniera specifica quel quadro. Nella misura in cui il legislatore stesso, attraverso la redazione dell'articolo 4, obbliga il giudice a conferire in ogni caso il giudizio, anche in mancanza di una disposizione specifica per il caso giudicato, il presupposto di completezza, di esaustività, di coerenza assoluta del Codice, l'essere, in altri termini, quest'ultimo impregnato del dogma della sovranità, conferisce, controfattualmente, nuovo potere al giudice, obbligato a decidere comunque, anche l'assenza di una norma precisa, tramite il riferimento ai principi generali. In questo senso, bisogna riconoscere che il sistema della legge come 'verbo perfetto di Dio', espressione della 'volontà generale', che formalmente riduce il giudice a 'bocca della legge', che lo co-

stituisce organo della personalità giuridica dello Stato, costituisce un momento molto alto della riabilitazione pratica del potere dei giudici, che riconquistavano nella pratica quanto gli era sottratto nell'elaborazione teorica: in questo senso, possiamo definire esemplare la vicenda politica della Scuola dell'Esegesi e la sua evoluzione storica. Si pongono le basi per una divaricazione tra le istanze di chiarezza dell'Illuminismo e lo sviluppo della codificazione, cosicché si pongono le basi per un ritorno dell'interpretazione che è a tutti gli effetti esito controfattuale del processo di statualizzazione del diritto. Con buona pace di quei cattedratici del diritto, che tutt'oggi, amano presentarsi come 'soggetti supposti sapere', facendo derivare l'ordinamento come insieme di norme da principi formali, riconducendolo al più stretto legalismo, bisogna affermare come proprio sotto la configurazione teorica del positivismo statualistico prolifera l'interpretazione, ove non l'arbitrio, da parte dei giudici. È la tendenza stessa del legislatore a voler dire-tutto, l'affermazione di completezza, coerenza, unitarietà dell'ordinamento a rendere pressoché necessario l'intervento del giudice, il quale ha buon gioco nel declinare ogni potere, sotto l'ideologia della dipendenza strutturale della sentenza, particolare, rispetto alla legge, generale e astratta.

La vicenda teorica della tanto bistrattata *Freirechtsbewegung*, così legata alla lotta per l'affermazione della necessaria lacunosità dell'ordinamento, andrebbe letta, non come un'anticamera della rivendicazione del potere di interpretare dei giudici, bensì come il prodotto di un'istanza teorica di razionalizzazione del sistema complessivo. Essa nasce dall'esigenza di realizzare, tramite la mediazione della giurisprudenza<sup>13</sup>, l'insopprimibile istanza di adeguamento della legislazione all'evoluzione della società, di cui, per sua struttura, solo il potere dei giudici può farsi garante. Con particolare riferimento alla Corte di Cassazione, si sostiene che l'interpretazione dev'essere 'esatta', affinché i giudici ordinari possano muoversi

13 Circa l'influsso stabilizzante della giurisprudenza sulla legislazione e sull'applicazione del diritto, cfr. G. Acocella, *Legalità e scienza del diritto*, § 3, in *Paradigmi della legalità*, in AA. VV., *La legalità ambigua*, a cura di G. Acocella, Giappichelli, Torino 2013, p. 21 e ss.

su una linea sicura. Nei Paesi di costituzione codicistica si assiste così a un duplice movimento, situato al livello di ordinamento oggettivo, e dunque indipendente dalla volontà di singoli o di corpi politici: da un lato, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in Francia come in Italia, finisce per rivendicare un valore di assoluta prossimità con l'interpretazione autentica, orientando l'operato del giudice ordinario, elevandosi al rango di una volizione avente validità *erga omnes*. Dall'altro, la legge, senza nemmeno citare i casi in cui è *ad personam*, in quanto oltraggiosi per l'idea stessa di democrazia, scade sempre più a volizione parziale, regolando non più la cittadinanza astratta in quanto tale, quanto, piuttosto, interessi non più generali, ma singole classi di fattispecie concrete e di soggetti particolari, diventando del tutto simile a un atto amministrativo. Le fonti finiscono per qualificarsi non più in senso formale, a partire dall'organo che le emana, quanto, piuttosto, in senso materiale<sup>14</sup>.

Ciò comporta un ribaltamento nella gerarchia delle fonti: quello stesso Codice che aveva nel sistema delle fonti una posizione centrale, quale espressione di un diritto nazionale viene progressivamente detronizzato. Più in generale, sulla scorta di un movimento di lungo periodo che si dipana, a partire dal secondo dopoguerra, movimento di costituzionalizzazione e sovra-nazionalizzazione del diritto, la legge stessa diventa oggetto di giudizio da parte della Corte Costituzionale, e la norma diventa oggetto di un complesso processo di elaborazione, a partire dalla presa d'atto della progressiva stratificazione delle fonti. Le leggi costituzionali sono la misura della limitazione della legge ordinaria. Più in generale, le Dichiarazioni dei Diritti, le fonti europee e in genere sovraordinate, pongono progressivamente il legislatore in una posizione di subordinazione,

<sup>14</sup> Tipicamente, nel caso Englaro, sia il Senato che la Camera, hanno sollevato un conflitto di attribuzione nei confronti della Corte di Cassazione, la quale si è difesa sostenendo che la propria giurisprudenza era prodotta per un singolo caso. Purtroppo, bisogna sinceramente riconoscere che, se si ripresentasse un caso simile, dato che, nel frattempo, il legislatore non ha provveduto a promulgare una norma che colmi il vuoto legislativo sul punto, la suddetta sentenza della Corte di Cassazione farebbe da orientamento per una successiva decisione giurisprudenziale, rivestendo così validità *erga omnes*.

mettendo in crisi il primato del legislatore ordinario, così come il sistema di nazionalità delle leggi: se certe istanze di autodeterminazione normativa della società si sono rivelate irrealistiche (i cosiddetti "nuovi diritti"), se certe rivendicazioni nel senso del riconoscimento di situazioni di fatto non hanno avuto altro effetto che rafforzare l'onnipotenza dello Stato e la tendenziale identificazione tra quest'ultimo e l'ordinamento giuridico, si è assistito, d'altra parte, a un parallelo movimento di relativizzazione della centralità e del primato della legge. Questo movimento, che avvicina i sistemi di *civil Law* a quelli di *Common Law* e che riguarda in primo luogo la stessa Francia, che non ha mai rinunciato al proprio giacobinismo giuridico, è di lungo periodo, risalendo, ben prima della fine della seconda guerra mondiale, al disfacimento tardo-ottocentesco di quel sistema codicistico, nel quale il legislatore napoleonico aveva asserito la propria onnipotenza.

Il risultato di queste trasformazioni di lungo periodo è che l'asse dell'applicazione del diritto si è andato sempre più centrando sul potere dei giudici, nell'ambito di un movimento nel cui interno la differenza tra sentenza e legge, progressivamente, è andata assottigliandosi. Qualche esempio: nel 2004, è stata istituita, all'interno della Corte di Cassazione francese, una commissione, incaricata di studiare il ritorno dell'attività di interpretazione della Corte stessa sul lavoro del legislatore, nella quale si è addivenuto a conferire all'interpretazione della Corte un valore assai prossimo all'interpretazione 'autentica', pronunciata dal legislatore, così come la Corte di Europea ha recepito una specifica variazione normativa, interna alla Corte di Cassazione italiana, rendendola operativa, per causa di conoscibilità, dopo sei mesi dal suo accertamento. Con questo, si è assistito a un'equiparazione in piena regola di legge a sentenza, laddove la seconda finisce di esorbitare i limiti del caso concreto, per affiancarsi alla legge, nell'ambito di un processo complessivo di assottigliamento della distanza tra fonti.

Se oggetto dell'appassionata analisi di Palombi è l'insieme dei momenti istituzionali con i quali, in Italia, a partire dagli anni Ottanta, la magistratura ordinaria ha conquistato uno spazio sempre più

autonomo politicamente, che sarebbe stato in grado di determinare, una volta maturate determinate condizioni a livello internazionale, il crollo di quel sistema politico, la c.d. "prima Repubblica", che aveva governato l'Italia a partire dalla fine del ventennio fascista, l'anomalia italiana di Tangentopoli, cui Palombi dedica molto spazio, si innesta sul tronco delle trasformazioni complessive dell'ordinamento oggettivo, senza derivarne direttamente. A partire dagli anni Settanta, questa la ricostruzione, peraltro ineccepibile e storicamente corretta di Palombi, in concomitanza con la promulgazione del 41 bis della legge 354 del 26 luglio 1975, e quindi con l'istituzione del *circuito di Alta Sicurezza*, la magistratura avrebbe avuto una funzione di protagonista assoluta nella gestione e risoluzione di conflitti sociali non sufficientemente mediati in sede politica. L'anomalia italiana prende corpo – senza esserne, a parere di chi scrive, conseguenza diretta – sulla scia della progressiva riabilitazione del potere di interpretazione del giudice, la cui necessità, progressivamente, viene affermata in tutto il mondo occidentale, e ribadita con decisione, sia dal legislatore francese che da quello italiano. Contestualmente al fatto che l'Italia è caratterizzata per la peculiarità, in virtù della quale finalità politiche sono perseguite attraverso un significativo allargamento dell'agire, che sconfinava dall'area istituzionale, coinvolgendo spesso aree para-legali, se non extra-legali o addirittura illegali, la parentesi di "mani pulite", sarebbe stata possibile dal momento che, a partire dalla metà degli anni Settanta, il legislatore ha determinato e reso possibile un ampliamento delle funzioni della magistratura, funzionale alla repressione di fenomeni come il terrorismo e la mafia. Come sottolinea Palombi: "Era quella un'epoca non ancora non avvelenata dalle forti polemiche, successivamente insorte in termini eclatanti, sull'uso distorto della giustizia per fini politici. In un clima di reciproca fiducia tra istituzioni politiche e magistratura, il legislatore del 1974 non esitò ad allargare la sfera di discrezionalità affidata ai giudici su alcuni istituti fondamentali del nostro codice penale, al fine di personalizzare la pena, individualizzandola in relazione alle esigenze del singolo imputato. Era una fiducia che la magistratura stava conquistando sul campo,

attraverso l'azione, estremamente rischiosa, che svolgeva alla lotta al terrorismo e alla mafia. La democrazia correva seri pericoli e la magistratura assunse un ruolo centrale nell'azione di contrasto a quei fenomeni criminosi"<sup>15</sup>. Forte di questo potere conquistato sul campo, per il tramite di un accordo sostanziale con le forze politiche di governo, la magistratura avrebbe in un secondo momento agito rivoltandosi contro quella classe politica che le aveva conferito potere, determinandone, di fatto, l'estinzione. I primi anni Novanta sono gli anni del processo a una classe politica, che estendeva la propria ombra penetrando nella società civile, traendone con ciò linfa illecita per il proprio sostentamento, finendo per non riuscire a costituire più un argine ad associazioni parziali, spesso in grado di legittimare la propria volontà al di sopra dell'interesse generale. La particolarità del caso italiano ha luogo, ed è necessario rimarcarlo, sullo sfondo di complessificazione e di pluralizzazione delle fonti di normazione dell'ordinamento, delle cui tendenze si è inteso dar ragione, che si innesta sulla particolare costituzione dell'Italia democratica già nella prima Repubblica, i cui assetti istituzionali sono stati immunizzati da un reale confronto con la società civile a causa della particolarissima posizione della nostra nazione nello scacchiere internazionale. Il punto di vista di chi scrive è che la patologizzazione dell'esercizio della giustizia, un certo uso politico del potere da parte dei magistrati, una certa spettacolarizzazione delle indagini e un certo uso delle intercettazioni, spesso artificialmente date in pasto all'opinione pubblica per provocare effetti di eccitazione di massa, nonché la stessa divisione interna, così caratterizzante la situazione italiana, tra potere legislativo e giudiziario, debbano essere fenomeni che si innestano sul tronco di una certa evoluzione dell'ordinamento oggettivo, ma che debbano essere considerati separatamente di fronte a quest'ultimo, affondando le proprie radici in un altro contesto, parzialmente diverso.

Come sottolinea correttamente Palombi: "Nei periodi di grave corruzione nella vita politica ed economica di un Paese sorge il rischio che i giudici cedano alla tentazione di governare attraverso

<sup>15</sup> E. Palombi, *Beccaria oggi*, cit., p. 33.

l'autorità giudiziaria, non certo per delega, implicita o esplicita, del potere politico, come è avvenuto in tema di lotta al terrorismo e alla mafia. Parte della magistratura, nello svolgimento della propria attività, si è sottratta, così, al compito istituzionale di giudicare i singoli fatti, per condurre, invece, in maniera programmatica, una lotta senza quartiere contro il fenomeno corruttivo". Prefigurando la condanna a carico del reo nell'ambito del processo, la lotta senza quartiere contro la corruzione è stata svolta anche contro l'ausilio, a parere di molti, improprio, della carcerazione preventiva, usata strumentalmente per indurre gli indagati, per lo più imprenditori, a confessare, tirando in ballo terzi, per lo più politici, destinatari finali di processi di natura corruttiva, di inoppugnabile esistenza, non sempre finalizzati in maniera esclusiva al finanziamento di attività di partito. La sensazione di chi scrive è che il rapporto tra politica e magistratura sia caratterizzato in Italia da un reciproco misconoscimento della complessità del proprio agire istituzionale: in particolare, se i giudici rigettano ogni considerazione valoriale del proprio agire, facendosi scudo dell'ideologia che ne sostiene la posizione, il positivismo legalistico, ossia il criterio di stretta obbedienza alla legge, così gli esponenti della classe politica rigettano ogni qualificazione giuridica del proprio agire, ascrivendo alla politica l'azione della magistratura e rivendicando un'immunità dall'azione dei magistrati che finisce per qualificarsi come impunità. Potremmo dire che ciò a cui si assiste è la contrapposizione pressoché speculare tra "mani pulite" e "mani libere". Per dovere di cronaca, sarà bene sottolineare come Beccaria sia stato citato come testimone a difesa del c.d. "giustizialismo" e, al tempo stesso, del c.d. "garantismo"<sup>16</sup>. Per Neppi Modona, ad esempio: "Pur essendo superata la commistione tra giustizia umana, giustizia divina e giustizia religiosa, tra diritto penale e violazione delle regole del conformismo religioso, Beccaria sarebbe costretto a constatare che molte norme penali sono

<sup>16</sup> Si confronti, sul punto, il tenore concettuale di due articoli che testimoniano di quel dibattito: F. Baroncelli e P. Cheli, *A duecento anni dalla morte "Ci vorrebbe Beccaria"*, in «La Voce», 19 novembre 1994, p. 19; V. Grevi, *Un bicentenario d'attualità: Diritti e pene. Il teorema Beccaria*, in «Corriere della sera», 23 novembre 1994, p. 29.

ancora sorrette da 'false idee di utilità sociale', dettate dalle esigenze contingenti della politica-spettacolo e dagli interessi elettorali e di governo dei gruppi particolari, e non dagli interessi generali della 'società vivente'. Riscontrerebbe una pericolosa tendenza a legiferare ricorrendo a 'leggi parziali e con rimedi tumultuosi', dettati dalla passione più che dalla ragione, più dal fine di tranquillizzare le coscienze che dall'utile sociale; lamenterebbe che il legislatore è così costretto a continui e reiterati interventi normativi sulla stessa materia, erodendo la fiducia dei cittadini nell'efficacia della legge e ingenerando un pericoloso scetticismo anche nei confronti di quelle norme la cui utilità sociale non era stata sino ad allora messa in discussione. Si scandalizzerebbe nel constatare che il diritto penale continua a 'proibire una moltitudine di azioni indifferenti' ed a mantenere in vita comandi penali retaggio di antichi regimi, denunciando l'assurdità di un sistema penale in cui la legislazione vigente occupa migliaia e migliaia di pagine, in luogo di essere concentrata in un libro semplice e chiaro denominato codice penale; direbbe che quelle leggi, per le difficoltà di reperimento e di interpretazione, è come se fossero scritte 'in una lingua straniera al popolo'. Nel constatare il frequentissimo ricorso alle amnistie ed ai condoni, si chiederebbe sconcolato dov'è il legislatore 'dolce, indulgente, umano', cui fanno riscontro singole leggi e giudici inesorabili a garanzia dell'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte al diritto; direbbe che fare balenare ai governati che i reati possono essere perdonati e che la pena non è conseguenza certa, pronta e immancabile del delitto, significa 'fomentare la lusinga dell'impunità, è un far credere che, potendosi perdonare, le condanne non perdonate sono piuttosto violenze della forza che emanazione della giustizia'; ribadirebbe che 'a misura che le pene divengono più dolci la clemenza e il perdono diventano meno necessari' e concluderebbe ancora oggi: 'Felice la nazione nella quale sarebbero funesti!'. Lamenterebbe che vi sono ancora troppe violazioni del principio della proporzione tra gravità del reato e gravità della pena: denunciarebbe i troppi casi in cui la legge stabilisce la pena dell'ergastolo per colpire azioni meno gravi dell'omicidio e ci spiegherebbe che 'se una pena uguale è destinata

a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo nel commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio'. Il criterio di proporzione consentirebbe a Beccaria di ribadire che socialmente utile non è la minaccia di una pena terribile, ma è la pena pronta, infallibile ed immanicabile a creare i 'sensibili motivi' idonei a distogliere i cittadini dal commettere i reati. Nel prendere atto di quanto profondo sia il divario tra l'eccessivo rigore delle sanzioni minacciate dal codice e la discrezionalità del giudice nel momento della loro concreta applicazione, e nel constatare quanto lunghi siano i tempi tra il reato e la condanna, Beccaria non avrebbe alcuna incertezza nel riproporre a più di due secoli di distanza la famosa frase conclusiva *Dei delitti e delle pene*: 'Perché una pena non sia una violenza di uno di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata ai delitti, dettata dalle leggi'<sup>17</sup>.

Sul versante, al contrario, delle teorie garantiste, premesso che di garantismo non si può predicare solo a partire da categorie determinate, ritendo opportune certe violazioni per altre categorie di soggetti, nella fattispecie terroristi e mafiosi, perché se riteniamo certi diritti 'fondamentali', non possiamo poi arrogarci il diritto di differenziare tra 'sommersi' e 'salvati', è stata posta in evidenza la misura in cui il fenomeno di "mani pulite"<sup>18</sup> è stato fortemente invasivo negli equilibri socio-politici che hanno determinato la fine della prima Repubblica. È del tutto plausibile, in questo senso, che la sua stessa esistenza sia stata determinata dal mutamento generale di equilibri politici: senza la sconfitta della stagione dei movimenti antagonisti post-77, senza la caduta del muro di Berlino, una messa in questione della legittimità dell'esercizio del potere politico in Italia, realizzato con strumenti persuasivi assai discussi, come la carcerazione preventiva finalizzata alla confessione, sarebbe stata

<sup>17</sup> *Condannati da Beccaria*, in «La Repubblica», 29 novembre 1994, p. 19.

<sup>18</sup> Per un'attenta disamina del quale, rimandiamo volentieri a: G. Barbacetto, P. Gomez, M. Travaglio, *Mani Pulite. La vera storia, 20 anni dopo*, con una Prefazione di P. D'Avigo, Chiarelettere, Milano 2012.

impensabile. Puerile, da parte della magistratura, negare come la fonte ultima del proprio agire sia stata di natura politica. Gli stessi magistrati del *pool* di Milano che hanno istruito l'inchiesta "mani pulite" hanno dovuto accettare come limite della propria azione il fatto di essere, d un certo punto, divenuti invisibili alla stessa opinione pubblica, per non essersi limitati ad accusare una classe politica, contro cui si esprime un odio spesso del tutto irrazionale e non qualificato politicamente. A testimonianza del fatto che il loro agire non abbia risposto solo alla legge e ai codici, il loro limite è stato di natura strettamente politica e sociale; come afferma in un'intervista lo stesso Francesco Saverio Borrelli: "[...] finché si trattò di colpire l'alta politica e i suoi rappresentanti, i grandi personaggi dei partiti che cominciavano a stare sullo stomaco a tutti, non ci furono reazioni contrarie. Anzi. Ma quando, con l'indagine sulla Guardia di Finanza, si andò oltre, apparve chiaro che il problema della corruzione in Italia non riguardava solo la politica, ma larghe fasce della società, insomma investiva gli alti livelli proprio in quanto partiva dal basso. A quel punto, il cittadino medio ebbe la sensazione che quei 'moralisti' della Procura di Milano volessero davvero passare lo straccio bagnato su tutta la facciata del Paese, sulla coscienza civile di tutti gli italiani. Parlo del cittadino italiano medio che vive spesso di piccoli espedienti, amicizie, raccomandazioni, manette per poter campare e rimediare all'inefficienza della pubblica amministrazione. A quel punto, ho l'impressione che la gente abbia cominciato a dire: 'Adesso basta, avete fatto il vostro lavoro, ci avete liberato dalla piovra della vecchia classe politica che ci succhiava il sangue, ma adesso lasciateci in pace'<sup>19</sup>. A questo punto, la magistratura, pur continuando a denegarlo, ha assunto un ruolo politico più consapevole, mirando - anche come forma di giustizia dopo le stragi che ne hanno visto l'eliminazione di esponenti di primissimo piano e di indiscutibile valore etico e morale, come Falcone e Borsellino, da parte di una mafia che tendeva in quel periodo a esteriorizzarsi in ordinamento giuridico palese, rivestendo un ruolo politico meno subalterno alla politica di quello rivestito nella prima Repubblica

<sup>19</sup> F.S. Borrelli, *Memorie di un procuratore, Appendice*, ivi, p. 837.