

Le utopie possibili: Napoli, la città dei diritti.
Istituto italiano per gli studi filosofici.
Napoli, 27 marzo 2010.

Intervento di Vitaliano Esposito

---ooOoo---

Sono veramente grato agli organizzatori di questo incontro.

Parlare, infatti, nella mia città, e in questo glorioso palazzo, di diritti – e parlare di diritti nel quadro delle utopie possibili – mi riporta immediatamente ad un mio ricorrente sogno.

Un sogno altalenante alla Calderon de la Barca: quello di vivere in una società in cui vengono rispettati i diritti minimi ed essenziali della persona umana.

Sogno che riporta noi tutti all'illuminismo giuridico napoletano, con le speranze e gli ideali che l'accompagnarono

Con brusco risveglio: si trattò di una illusione, di una storica, sia pur luminosa, utopia.

Utopia, però, che, con la ventata ispiratrice che la animò, segna la nascita del riconoscimento effettivo e concreto dei diritti dell'uomo e la formazione di una opinione pubblica nazionale ed europea.

Ventata ispiratrice che - centocinquant' anni dopo - vivifica la Convenzione europea dei diritti dell' uomo.

Convenzione che,

- mirando allo sviluppo di una società *più giusta e più equa*, ci riporta alla *Diocesina* e, attraverso l'insegnamento di Antonio Genovesi, al pensiero di Gianfrancesco Gravina e di Giambattista Vico;
- riconoscendo i diritti fondamentali a tutti gli uomini, in quanto tali, ed affidandone la tutela al giudice nazionale, accoglie in pieno l'eredità dei giusnaturalisti napoletani ed, in particolare, di Gaetano Filangieri e di Mario Pagano, che concepivano i diritti individuali come preesistenti al potere politico e consideravano lo Stato come strumento di garanzia di quei diritti.

Grande è il debito della Convenzione europea nei confronti di Pagano.

Essa, anzitutto, accoglie il carattere normativo del giusnaturalismo di Mario Pagano.

Codifica i diritti fondamentali, con quella stessa tecnica dell'elencazione scritta voluta da Pagano nel *Progetto di costituzione* del '99.

E fu il primo Pagano a trasfonderli in una legge: legge costituzionale, e non più preambolo generico di carattere filosofico-morale, come nelle

Costituzioni francesi – cui pure si era ispirato – del '93 e del '95.

Essa poi assicura la tutela giurisdizionale dei diritti attraverso i canoni di un giusto processo.

Canoni resi espliciti dalla giurisprudenza della Corte europea, ma che ritroviamo – tutti – nella sua fondamentale opera: La *Logica de' probabili*.

Stupefacente!

Ma soprattutto – ed in ciò anche consiste l'autentica rivoluzione copernicana che essa ha operato – la Convenzione ha istituito un sistema di controllo sull'osservanza delle sue regole, affidato alla Corte europea e al Comitato dei ministri del Consiglio d' Europa.

Sistema che traccia il solco entro cui si colloca lo Stato di diritto, i cui limiti si impongono agli Stati ed ai loro legislatori, governi e giudici

E questo sistema non è un retaggio dell'istituto degli eforati? Della magistratura degli Efori, custodi della Costituzione napoletana?

Istituto, frutto del genio di Mario Pagano, ignoto alle costituzioni rivoluzionarie francesi ed alle successive Carte e Dichiarazioni dei diritti.

Creando un organo di vigilanza dei tre poteri dello Stato, incaricato di garantire la Costituzione e, se del caso, di attuarne le previsioni, Pagano

affrontava e risolveva una serie di problemi ancora attuali.

Quello del primato dei diritti dell'uomo, i quali non possono essere violati dai Poteri dello Stato e che non possono neanche essere derogati dalla legislazione successiva anche costituzionale. Principio, quest'ultimo, affermato dalla Corte di cassazione solo in una discussa sentenza del 1992, rimasta isolata.

Quello della mancata attuazione delle previsioni costituzionali da parte del legislatore ordinario: problema, questo, ancora in attesa di una soluzione.

Ma allora quello degli illuministi napoletani non fu un sogno, una illusione, una mera utopia?

Lo fu certamente se è pure una fantasia, una speranza assurda e vana, una illusione, quella che ispirò Robert Schumann, a Roma, il 4 novembre 1950, quando, al momento della firma della Convenzione europea dei diritti dell' uomo, affermò che *la Convenzione costituisce il fondamento sul quale noi vogliamo collocare la difesa della persona umana contro tutte le tirannie e contro tutti i totalitarismi?*

Fondamento su cui si basava anche Mario Pagano, stabilendo nei diritti dell'uomo il fine ed il confine del potere pubblico.

Fondamento che la storia ha dimostrato ben saldo.
Realtà, non sogno o mera utopia.

Se è vero che quella finalità di pace che la Convenzione - sorta dagli orrori della guerra e dal terrore del pangermanesimo - persegue, è stata realizzata in Europa, a differenza di quel che avviene in altre regioni nel mondo.

Se è vero che quella finalità di pace attraverso la giustizia perseguita dai Padri fondatori della Convenzione ha consentito alla maggior parte dei Paesi europei di assicurare regimi politici veramente democratici.

Alla maggior parte. Ma non a tutti.

Non a quelli che non rispettando la dignità dell'uomo - base comune di tutti i diritti fondamentali - impediscono uno sviluppo dinamico della società.

Non all'Italia, come risulta dalle reiterate ed accorate ma inascoltate risoluzioni e raccomandazione del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

Non a Napoli, come è dimostrato da questa iniziativa che intende *risvegliarci*.

E intende risvegliare gli eredi di Mario Pagano, epigono dell'illuminismo giuridico napoletano, in presenza di un inarrestabile fenomeno involutivo,

disgregatore di ogni valore, che va dall'intolleranza alla violenza, alla sopraffazione, alla corruzione generalizzata, etica ancor prima che legale.

Ma come è potuto avvenire tutto ciò? Qual è il rimedio? Come possiamo reagire?

Mario Pagano, in una epoca di libera interpretazione della legge e di arbitrio giurisprudenziale, così rispose: occorre individuare le cause dell'anarchia *con le teorie della ragione in tutta la loro estensione. Ecco il nostro oggetto, ecco il piano che ci abbiām proposto.*

Nei miei interventi in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario ho cercato di delineare le cause che stanno trasformando la crisi della giustizia in una vera e propria situazione di ingiustizia.

Ho parlato di diniego di giustizia: di una delle più gravi violazioni del diritto internazionale.

E tra le cause del disfacimento ho denunciato l'attuale incapacità della legge - in Italia come in altri Paesi - a regolare la complessità del reale, a tener dietro alla vertiginosa accelerazione dei processi sociali.

E la legge ha bisogno del giudice - e della sua discrezionalità - per essere integrata nei suoi contenuti.

Ma la discrezionalità - certo ineludibile - non può essere senza regole e presuppone la *fairness*, la correttezza processuale.

La *fairness* - quel generale sentimento del giusto e dell'equo - che dovrebbe ispirare le nostre azioni e che costituisce il cardine degli ordinamenti di *common law*.

Nella carenza di regole e canoni di correttezza, si annida il rischio dell'arbitrio, dell'imprevedibilità dell'azione dei pubblici poteri, della non uniformità del loro agire e, quindi, della violazione dei principi di eguaglianza e di certezza del diritto.

Muovendosi su questo terreno impervio vi è il rischio che il magistrato possa divenire un mediatore di conflitti, che cerca il consenso dei cittadini, se non addirittura quello del popolo, con conseguente sua politicizzazione e scontro con le parti politiche.

E' ben vero che il conflitto tra politica e magistratura è rilevabile in qualsiasi società democratica, tanto che questo fenomeno è stato definito come *espansione globale del potere giudiziario*.

Ma l'incontro-scontro tra il mondo della giurisdizione e quello della politica assume caratteristiche preoccupanti ove esso si incunei all'interno della stessa magistratura.

E, soprattutto, quando si incunei in quegli ordinamenti ove è data constatare la carenza di un

comune sentire sui valori dei diritti umani e sul generale sentimento del giusto e dell'equo - della *fairness*, della correttezza - che pervade la Convenzione europea ed ora la Carta di Nizza che con essa si lega nel trattato di Lisbona.

Correttezza politica, correttezza processuale, correttezza nei rapporti tra noi tutti.

Correttezza che - come ha detto la Corte di Strasburgo - impone a noi tutti non solo di rispettare, ma di attuare e promuovere i diritti umani.

Si tratta - ha detto la Corte - di un obbligo positivo. E in caso di violazione di quest'obbligo - da chiunque commesso, anche nei rapporti tra privati - lo Stato è responsabile.

Questa è la civiltà di Strasburgo. Questi i nostri doveri europei, collettivi, individuali.

E da noi?

Voi tutti in questi giorni avete letto delle polemiche che accompagnano le candidature per il prossimo rinnovo del Consiglio superiore della magistratura.

Si parla di *primarie*, di correnti di sinistra, di centro e di destra, sotto il titolo, comune a quotidiani di diverse ispirazioni: *quando le toghe sembrano partiti*.

Si parla di sponsorizzazioni (interne, per la verità) e di duello tra *star* (anche se di donne se ne vedono ben poche).

Il Corriere della sera chiarisce come all'interno di una corrente si confrontino due linee: - leggo: *la prima privilegia il garantismo storico dei magistrati progressisti e il dialogo con la politica, pur senza cedimenti davanti agli attacchi che minano autonomia e indipendenza della magistratura. La seconda ha un segno più marcatamente giustizialista e non si tira indietro dinanzi al confronto ruvido con la politica.*

Il Corriere del Mezzogiorno - e veniamo a Napoli - sotto il titolo *Le scelte della Procura*, si interroga su pubblici ministeri *specialisti* o *generalisti*, in relazione ad una recente sentenza del giudice per l'udienza preliminare.

Sembra quasi che la scelta del *pool* - *pool* antimafia in luogo del *pool* reati contro la pubblica amministrazione - abbia malamente condizionato le indagini e influito quindi sulla decisione.

Sembrerebbe trattarsi di un problema di professionalità, da cui, però, riemerge la contrapposizione tra magistrati garantisti (che di tale definizione si vantano) e giustizialisti (che coralmemente tale definizione respingono).

I primi vengono presentati come gli alfieri dei diritti dell'uomo, i secondi come i paladini della difesa della collettività.

Tutti affermano di applicare la legge. Il risultato, nel caso concreto, è spesso divergente. E' mai possibile?

E qualcuno verrebbe ad investire in un paese con diniego di giustizia ed il rischio di giudici giustizialisti?

In realtà questa distinzione non ha nulla di corretto.

Essa maschera il diverso atteggiamento che ciascuno di noi ha verso il fenomeno del crimine in generale o di determinate categorie di reati e la diversa sensibilità al valore del rispetto della dignità umana.

Atteggiamento e sensibilità, di carattere individuale, che tra loro si frammischiano e che oscillano tra chi si sente - ed è - pericoloso anarchico e chi tende ad essere il capo di una ronda di *vigilantes*.

Questa vieta distinzione va decisamente contrastata perché in essa si annida un germe pericoloso per ogni società democratica.

Per impedire questa degenerazione occorre individuare un punto di equilibrio tra i diritti del singolo e le esigenze di tutela della collettività.

Un punto oggettivo, non soggettivo.

Ed occorre individuarlo non in astratto e *a priori*, ma in concreto e in relazione al caso di specie da risolvere.

E la stella polare per trovare questo punto oggettivo di equilibrio ci è fornita dai criteri generali di interpretazione, che la Corte europea stessa ha assunto a guida della sua azione, sin dal momento della sua costituzione, nel 1959.

Essa ha posto al centro dell'interesse il diritto fondamentale che di volta in volta viene in discussione nella questione da risolvere (vita, libertà personale, rispetto della vita privata, libertà di pensiero, di coscienza e di religione, libertà di espressione, libertà di riunione e di associazione, etc.).

In altri termini, quale che sia l'oggetto della controversi e la natura del procedimento (civile, penale o amministrativo), la Corte ha individuato in concreto il diritto fondamentale su cui viene ad incidere nel caso di specie l'intervento dell'autorità.

Ad esempio, in un procedimento penale ha individuato, nell'ipotesi di intercettazione telefonica o di perquisizione, il diritto fondamentale in quello del rispetto alla vita privata (art. 8 della Convenzione).

Ed ha interpretato questo diritto in maniera evolutiva ed estensivamente.

Ha, poi, esaminato – con interpretazione restrittiva – le limitazioni a tali diritti che la Convenzione consente, sotto forma di ingerenza dell' autorità per uno dei fini ivi tassativamente previsti (sicurezza nazionale, difesa dell'ordine e prevenzione delle infrazioni penali, protezione della salute, etc).

Ha richiesto, quindi, che l'ingerenza sia prevista in una legge, chiara, accessibile e prevedibile: Parole di Mario Pagano!

Ha valutato, ancora, la necessità dell'ingerenza in una società democratica.

Ha reclamato, infine, la sussistenza di un criterio di proporzionalità tra lo scopo da raggiungere ed il mezzo impiegato.

Ed in tal modo bilanciato l'interesse generale con quello del singolo, ha ricondotto ad unità l'attività dell'interprete.

Nel rispetto, ovviamente, di quei canoni di un giusto processo, che Pagano per primo aveva elaborato.

Con buona pace di garantisti, giustizialisti e categorie analoghe.

Categorie che non trovano spazio nelle opere di Mario Pagano: dai *Principi del codice penale*, alle *Considerazioni sul processo criminale*, con annessa *Teoria delle prove*, alla *Logica de' probabili*.

Tutte ispirate al principio, reiteratamente affermato, di ritrovare *il giusto mezzo che unisca insieme due contrarie e opposte cose, cioè pubblica sicurezza ed esatto castigo dei rei, cosicché entrambe l'una all'altra non si oppongano, ma cospirino insieme allo stesso fine.*

Ma vi è di più.

Mario Pagano aveva già impostato un tema oggi di grande attualità, in conseguenza del libro, *I Magistrati*, di Luciano Violante.

Si tratta del cosiddetto controllo di legalità, di cui parte della magistratura rivendica la titolarità.

Controllo preventivo, non legato alla *notitia criminis*, e che consente al magistrato di ricercare se un reato è stato commesso.

Il dibattito si estende agli analoghi poteri che, nei Paesi dell' Est, prima della caduta del muro di Berlino, erano affidati alla *Prokuratura* di stampo sovietico.

Quale condizione per l' ingresso di questi Paesi nella Grande Europa, il Consiglio d' Europa ha preteso la revisione dell'istituto, ritenendo che lo stesso, per la sua pervasività, potesse negativamente incidere sulla stabilità dei sistemi democratici.

Mario Pagano aveva liquidato la questione in una sua opera poco conosciuta: *Il codice di polizia*, comparso postumo nel 1819.

La pulizia, dice Pagano, come parte della politica, è l'arte o pure scienza dei mezzi onde rendere i cittadini sicuri. I compiti della polizia sono circoscritti alla prevenzione dei delitti e dei disordini di ogni genere. In casi di delitti commessi, la polizia procura l'arresto dei delinquenti e forma il processo verbale e quindi rimette al tribunale ordinario.

Tutto ciò che successivamente si opera in detto tribunale - osserva Pagano - riguarda la pubblica vendetta e non deve interessare la vigilanza della pulizia, che rimane semplicemente incaricata per l'esecuzione delle pene.

Pagano, già nei suoi *Saggi politici* del 1783 aveva riaffermato il principio di Montesquieu della separazione dei poteri, definendoli *le tre facoltà sovrane* e denunciandone i pericoli dello sconfinamento: *l'usurpazione dell'uno sull'altro, per quella natural tendenza di ogni potere all'ingrandimento*; ora anticipa la distinzione tra polizia di prevenzione e polizia giudiziaria del codice napoleonico del 1806.

Si vera sunt exposita, molti aspetti dell'aspro dibattito in corso possono, per il tramite degli scritti di Mario Pagano, essere ripercorsi a ritroso, e possono, attraverso l'esperienza europea, trovare la loro soluzione per sradicare dal fondo le cause della crisi.

Orbene, in questo prestigioso istituto Egli vive ancor oggi, come è dimostrato dall'importante convegno

che si è svolto proprio in questa aula un anno fa e che ha dato l'avvio - nelle università di tutta Italia - ad una serie feconda di studi e di ricerche.

Sogno o son desto se oso affermare, novello Sigismondo, che Mario Pagano - a Napoli morto impiccato e ancor vivo in Europa - può, da Napoli, dar vita ad un movimento di riscatto della dignità nazionale?

E ciò attraverso il recupero del suo insegnamento quale recepito nel resto dell' Europa e nuovamente diffuso in Italia, con il trainante impulso di questo istituto e delle risorse culturali, che nella nostra città non mancano.

Come non mancano risorse giudiziarie con magistrati che - come ha auspicato il Capo dello Stato - *si attengano rigorosamente alle loro funzioni* e che, estranei ad ogni conflitto con le parti politiche, svolgano l'unica politica loro consentita, che è quella della legalità, correttamente intesa.

L'esercizio della giurisdizione nel rispetto delle regole e con la barra dritta ai canoni di Strasburgo non mancherà di sortire i suoi effetti in ordine alla collaterale azione delle varie forze di polizia e via via su tutti gli altri organi dello Stato.

La sinergia tra forze culturali e giudiziarie - e con noi tutti - costituirà il momento fondamentale di un processo dinamico di sviluppo della società civile.

Informazione, educazione, formazione e promovimento dei diritti umani sono le tappe di questo positivo coinvolgimento di tutta la società.

E si potrà, allora, pretendere – da tutti – il rispetto della correttezza e delle regole, come auspicato dal prof. Rodotà, ispiratore del tema di questo incontro.

E si dovrà, quindi, sanzionare l'inosservanze delle regole – come diceva Pagano – *con pronto, certo ed immediato castigo: il sol argine che innalzar conviene contro il torrente dei delitti.*

Castigo che per Pagano era *la perdita di un diritto per un diritto violato* che occorre riaffermare, per il tramite della pena, *con fermo ma non soverchio impegno: lo smodato rigore non mai estinse i delitti, come i violenti rimedi rado o non mai guariscono i malati.*

Potremo, seguendo il suo insegnamento, aspirare a quel *soave sentimento della tranquillità, germoglio della sicurezza*, che Pagano fissava come fine della legge? *Fa di mestieri* – egli scrisse – *che la legge ci ispiri l'idea della sicurezza, ed alimenti così lo spirito della libertà civile.*

E potremo, per tal modo, dare forza agli ideali dell'unica rivoluzione che l'Italia ha vissuto?

A quegli ideali che segnano la nascita di un pensiero che si proiettava sull'Italia intera e che ha trovato attuazione nel resto dell'Europa?

Si tratta di una mera utopia o di una utopia possibile?

Ma, forse, mi rendo conto, nel corso del sogno, di stare, appunto, sognando.

Dedico questo mio intervento a Raffaele Bertoni.