LA MORTE NEL PRISMA CRIMINALE
Secoli XIX-XX

a cura di
Cristina Ciancio

La morte nel prisma criminale

"Historia et ius"
Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna
ISSN 2279-7416

Historia et ius

LA MORTE NEL PRISMA CRIMINALE

Secoli XIX-XX

a cura di

Cristina Ciancio

"Historia et ius"
Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna
ISSN 2279-7416

INDICE

Premessa, di Cristina Ciancio 1

GIUSEPPE SPECIALE, La "lotta del male contro il male" nel "cimitero dei vivi". Sul lavoro dei condannati alla fine dell'Ottocento 3

FLORIANA COLAO, La pena di morte in Italia dalla giustizia di transizione alla crisi degli anni Settanta. In memoria di Mario Da Passano e Mario Sbriccoli, a dieci anni dalla morte 21

ELIO TAVILLA, Ordine biologico e ordine morale. Appunti sulla riflessione criminologica italiana in tema di pena di morte (sec. XIX) 45

CRISTINA CIANCIO, *Requiescant in pace*. Alcune osservazioni sulla protezione del cadavere nel Regno d'Italia 57

MARCO CAVINA, Il "buonismo" delle Corti d'Assise. Culture filo-eutanasiche fra XIX e XX secolo 81

MARCO NICOLA MILETTI, *Ultima linea rerum*. La morte dell'imputato nel processo penale italiano tra Otto e Novecento 87

GIOVANNI CHIODI, Legalità penale e punizione dei crimini contro l'umanità al processo di Norimberga: la visione di Giuliano Vassalli 120

MAURA FORTUNATI, "La pietosa ingiustizia dei magistrati". Il dibattito sul suicidio dell'assicurato tra Ottocento e Novecento 135

ALFONS ARAGONESES, Cadáveres silenciados. El derecho español y las fosas de la represión franquista 157

Historia et ius - ISSN 2279-7416
rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 22

Premessa

Gli otto saggi che vengono qui pubblicati prendono spunto dai temi discussi in occasione del Convegno di studi tenutosi a Benevento il 21 e 22 settembre del 2015 e dedicato a *La morte nel prisma criminale. Secoli XIX-XX*. L'incontro è stato organizzato dal Dipartimento di Diritto, Economia e Metodi Quantitativi dell'Università degli Studi del Sannio in collaborazione con il Centro di studi e ricerche per la storia della giustizia criminale dell'Università degli Studi di Bologna diretto dal professor Marco Cavina.

Lo scopo era e resta quello di indagare sul modo in cui, tra Ottocento e Novecento, la cultura giuridica ha affrontato il tema della morte, riflesso e scomposto nel "prisma" del diritto penale e della giustizia criminale. Nell'epoca dei codici e degli ordinamenti giuridici concepiti come completi e non eterointegrabili, al diritto si richiedeva di collocare la dimensione individuale e collettiva della morte all'interno di un sistema di valori e categorie di riferimento coerenti e dialoganti, in un gioco di scatole cinesi dove ad ogni tentativo di offrire un inquadramento si apriva un ulteriore problema ermeneutico ed epistemologico, fino ad avvicinarsi sempre più verso il più destabilizzante dei coperchi da sollevare: quello del vaso di Pandora dal quale sarebbero scaturiti tutti i demoni dell'ancestrale inadeguatezza a definire ciò che è vita e ciò che è morte, tra paure, presunzioni e mitologie.

Le ricerche che qui vengono proposte hanno sviluppato profili originali di problemi che spaziano dalla pena di morte alle pene alternative ad essa, dai crimini contro l'umanità alla morte dell'imputato nel processo penale, dal suicidio dell'assicurato all'eutanasia, dalle fosse comuni e dalle violazioni alle leggi sulle sepolture durante il franchismo ai reati di profanazione di cadavere[1].

Un ringraziamento speciale va, infine, alla rivista "Historia et ius" che ospita questa iniziativa, in particolare al suo direttore responsabile Paolo Alvazzi del Frate, ed ai con-direttori Giovanni Rossi ed Elio Carmelo Tavilla.

Benevento, novembre 2016
Cristina Ciancio

[1] Tra i contributi, si segnala quello della professoressa Floriana Colao, che si ringrazia per aver voluto partecipare a questo progetto scientifico ed ora anche editoriale, condividendo la sua ricerca su *La pena di morte in Italia dalla giustizia di transizione alla crisi degli anni Settanta*, già comparsa sulla "Rivista di Storia del Diritto Italiano", LXXXVIII (2015), pp. 5-37.

Historia et ius - ISSN 2279-7416
rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 23

Giuseppe Speciale

La "lotta del male contro il male" nel "cimitero dei vivi". Sul lavoro dei condannati alla fine dell'Ottocento

"Qui c'era un particolare mondo a sé, che non rassomigliava a nessun altro; qui c'erano delle leggi particolari, a sé, fogge di vestire a sé, usi e costumi a sé, e una casa morta, pur essendo viva, una vita come in nessun altro luogo, e uomini speciali. Ed ecco, è appunto questo speciale cantuccio che io mi accingo a descrivere".
Fëdor Dostoevskij, *Memorie dalla casa dei morti*

Il dibattito sul lavoro dei condannati non si esaurisce con le scelte consacrate nel codice Zanardelli e nel regolamento penitenziario del 1891, ma continua a impegnare giuristi e legislatore anche negli anni successivi.

Il sistema disegnato nel nuovo codice non prevede più i lavori forzati, rifiuta l'applicazione dei condannati a lavori inutili e improduttivi - quali il *tread mill*, lo *shot drill*, il *crank* e lo *stone breaking* adottati nel sistema inglese in cui i detenuti fanno girare senza sosta una ruota servendosi dei piedi, trasportano palle di cannone da un luogo ad un altro e poi da questo a quello, azionano per ore una manovella senza alcuno scopo, spaccano pietre - e prescrive invece il lavoro produttivo, industriale e agricolo, come una componente fondamentale del trattamento penitenziario fondato sul sistema cellulare, che prevede l'isolamento e il silenzio notturno e il lavoro comune e il silenzio diurno[1].

Tutti i protagonisti del dibattito, giuristi e legislatori, esaltano il lavoro, perché allontana dall'ozio e prepara alla vita da liberi, e articolano le loro proposte a seconda della concezione della pena che propugnano: alcuni pongono l'accento sulla funzione rieducativa ed emendatrice del lavoro; altri sulla funzione meramente disciplinare; altri sulla convenienza che lo Stato potrebbe avere in termini di risparmi sui costi del mantenimento dei carcerati, o, addirittura, di economie nella realizzazione di opere pubbliche; altri sugli effetti che il lavoro in carcere produce in capo al condannato che ha espiato la pena nel momento del suo reinserimento nella comunità dei liberi; tutti, infine, hanno anche piena consapevolezza che il lavoro svolto dai condannati possa in qualche caso dar luogo a forme di concorrenza nei confronti del lavoro libero e temendo che possa alterare gli equilibri e il normale gioco del mercato si preoccupano di circoscriverne il ricorso solo a determinati ambiti o di adottare misure che

[1] Fino al 1902 i condannati nella vigenza del codice precedente continuano a essere incatenati a due a due - come già prescritto dai bandi del 1826 e dai regolamenti del 1860 (che classificava i condannati dei Bagni in quattro Divisioni, distinte dal colore di una striscia di lana apposta sul berretto), del 1878 e del 1891 - con catene assicurate da un anello posto al malleolo della gamba sinistra e composte da sei a diciotto maglie del peso complessivo variabile da 1,3 kg a 6 kg. Solo nel 1902 con il r.d. n. 377 del 2 agosto l'uso delle catene fu abolito, ma il ministro continuò per mesi a indirizzare circolari ai responsabili degli stabilimenti penitenziari per assicurarsi che osservassero la nuova legge. Con il r.d. 14 novembre 1903 n. 484 si diminuì l'intensità e la durata delle punizioni e si abolì il ricorso ad ogni strumento di coercizione corporale e di tortura fisica, attraverso la soppressione dei ferri, della camicia di forza e della cella oscura.

comunque scongiurino il verificarsi dei rischi che paventano[2].

I discorsi, quasi tutti, dei giuristi e del legislatore, riferiscono dati puntuali sui costi di mantenimento dei reclusi e delle guardie e sui numeri dei reclusi, delle guardie carcerarie, delle giornate di lavoro, delle giornate di malattie, della mortalità: la statistica fornisce elementi per la valutazione degli effetti del lavoro, non solo sul piano economico, ma anche su quello dell'efficacia rieducatrice della pena, per esempio quando misura le recidive e confronta quelle dei condannati che non sono stati applicati a forme di lavoro con quelle dei condannati che hanno lavorato e, tra queste ultime, misura le differenze a seconda del tipo di lavoro. La statistica, inoltre, registra che la maggioranza dei reclusi, così come la maggioranza dei condannati per delitti contro la persona, proviene da ambienti rurali[3].

Nell'ambito di questo ampio e assai articolato dibattito che impegna, su fronti opposti e con la solita acredine, giuristi delle cosiddette Scuola classica e Scuola positiva e politici di vari schieramenti, uno spazio importante è dedicato alla possibilità di applicare i condannati ai lavori di bonifica di zone malariche e paludose, cioè di quelle regioni del paese (su tutte l'Agro romano, ma anche aree della Sardegna e della Sicilia) ancora sottratte alle colture e allo sfruttamento economico a causa delle condizioni ambientali pericolose, quando non addirittura letali, per chi vi lavori.

Il dibattito verte sulla funzione della pena (afflittiva, retributiva, riparatoria), sul valore del lavoro del condannato (economico e morale), sugli eventuali rischi per la

[2] Cfr., per un primo orientamento, anche per i rilievi metodologici, i contributi di A. Cappelli, *La storia penitenziaria: fonti e metodi,* e di M. Calzolari e M. Da Passano, *Il lavoro dei condannati all'aperto: l'esperimento della colonia delle Tre Fontane (1880-1895)*, pubblicati entrambi in M. Da Passano – G. Neppi Modona, (curr.), *Le colonie penali nell'Europa dell'Ottocento*, Atti del convegno internazionale organizzato dal Dipartimento di Storia dell'Università di Sassari e dal Parco nazionale dell'Asinara (Porto Torres, 25 maggio 2001), Roma 2004, rispettivamente alle pp. 17-26 e 129-187; A. Gambardella, *Nascita ed evoluzione delle colonie penali agricole durante il Regno d'Italia*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", 12.1 (2008), pp. 7-69; R. Giulianelli, *"Chi non lavora non mangia". L'impiego dei detenuti nelle manifatture carcerarie nell'Italia fra Otto e Novecento*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", 12.3 (2008), pp. 83-106. Sul più ampio tema della questione criminale, cfr. i contributi raccolti nel volume L. Lacché – M. Stronati, (curr.), *Questione criminale e identità nazionale in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata 2014, in particolare, per alcuni profili che qui rilevano, quello di M. Gibson, *I limiti della cittadinanza: prigioni e prigionieri nell'Italia liberale,* alle pp. 215-225, e quello di M. Stronati, *Italia "criminale". Stereotipi e questione penale dell'Italia liberale*, alle pp. 227-261. Il tema del lavoro, insieme ad altri, fu al centro del III Congresso internazionale penitenziario che si tenne a Roma nel 1885. Utili riflessioni sul tema possono scaturire dalla lettura del numero de "Il Ponte" del 1949 (anno V, num. 3): i contributi in esso contenuti, pur riguardando direttamente le condizioni del sistema carcerario italiano nel periodo postbellico e le esperienze degli oppositori politici antifascisti, suggeriscono riflessioni utili alla migliore comprensione del fenomeno nel suo complesso, anche in riferimento agli anni che più direttamente qui interessano (in particolare gli interventi di P. Calamandrei, *L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura*, pp. 225-236; R. Bauer, *Il regime carcerario italiano*, pp. 238-255; E. Battaglini, *Esperienze di un giudice di sorveglianza,* pp. 266-271). Interessanti, infine, anche perché costituiscono una testimoninaza "diretta" dell'universo carcerario dei nostri giorni, per la condizione generale del detenuto e per gli specifici riferimenti all'applicazione al lavoro, sono i volumi di C. Mazzerbo - G. Catalano, *Ne vale la pena. Gorgona: una storia di detenzione, lavoro e riscatto*, Roma 2013, e S. Aleo, *Dal carcere. Autoriflessione sulla pena*, Pisa 2016. Sul carcere, sulla pena e sul corpo dei condannati non possono trascurarsi gli studi che sono stati condotti a partire dal *Surveiller et punir: Naissance de la prison* di Michel Foucault. I ediz francese del 1975, I ediz. italiana del 1976.

[3] Cfr., per esempio, gli interventi di Turati, Bonacci, Beltrani Scalia, Tommasi Crudeli, Ferri, Lucchini, Di Sangiuliano in sede di dibattito parlamentare citati *infra*.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 23

salute e per la stessa vita (del condannato e della guardia carceraria), sull'interesse economico dello stato alla bonifica delle zone malsane: tutti beni rilevanti di cui tutti i protagonisti del dibattito sono ben consapevoli e che nei discorsi sono disposti in un ordine gerarchico che ne fissa priorità e importanza. Il valore autentico che giuristi e legislatore attribuiscono effettivamente ai vari elementi (per esempio alla salute e alla vita dei condannati) non sempre è quello che emerge dalle altisonanti enunciazioni di principi, spesso è ben nascosto tra le pieghe del discorso.

Il dibattito sull'adozione del lavoro, e del lavoro particolarmente faticoso e pericoloso per la salute del condannato, come momento fondamentale del trattamento penitenziario, ha radici antiche. Senza risalire ad età più lontane qui è sufficiente ricordare il cap. XXVIII, dedicato alla pena di morte, dei *Delitti e delle pene* di Beccaria in cui si sostiene che la minaccia della perdita della libertà e dell'applicazione al servigio e alle fatiche ha un'efficacia maggiore della minaccia della morte nel "rimuovere qualunque animo determinato" dal delitto:

> Non è l'intensione della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime, ma replicate impressioni, che da un forte ma passeggiero movimento. L'impero dell'abitudine è universale sopra ogni essere che sente; e come l'uomo parla e cammina e procacciasi i suoi bisogni col di lei aiuto, così l'idee morali non si stampano nella mente che per durevoli ed iterate percosse. Non è il terribile ma passeggiero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che divenuto bestia di servigio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offeso, che è il freno più forte contro i delitti[4].

e un passo del *Saggio di politica* di Gian Domenico Romagnosi:

> Alfine qual benefizio recano e quale risarcimento i carcerati che hanno coi loro delitti apportato detrimento ed offesa alla civil società? Può essa lagnarsi che le loro braccia sieno per lei divenute inutili, e forse per sempre, e che una porzione del pubblico patrimonio sia indarno versata a somministrare pane, a provvedere di custodia, e di servizio, di infermieri, di farmachi, di chirurghi, di medici, una truppa sciaurata d'inutili e di malfattori. Andrebbe affatto diversamente la cosa, se la prigione fosse anch'essa piantata a maniera di una casa di lavoro; ovvero se ai pubblici lavori, all'estrazione delle miniere, all'asciugamento delle paludi, rifacimento o mondezza delle strade, al regolamento de' fiumi, o ad altre cose di simili fatta, più o meno gravi, e per un tempo più o meno lungo in proporzione al delitto, si destinassero i rei. Essi perderebbero la libertà con profitto del corpo sociale, e di loro stessi: imperciocché la vita regolata e faticosa servirebbe loro di scuola al ben fare, ed almeno alcuni di essi, benché riposti in libertà, seguirebbero ad amare la vita attiva: lo spettacolo del loro castigo, esposto sempre agli occhi del pubblico, lascerebbe una forte vantaggiosa impressione sugli animi innocenti; e coi loro lavori compenserebbero tanto il pubblico erario, quanto la civil società dei danni recati dai loro delitti, così al pubblico, come al privato interesse[5].

Perché sia efficace sul piano dell'emenda e della prevenzione, è necessario che il lavoro a cui devono applicarsi i condannati abbia anche un contenuto afflittivo e non consista in un'attività qualsiasi, sia pure assai faticosa, quale è quella di chi lavora la terra. A tal proposito valgano le parole pronunciate il 30 maggio 1843 da Pasquale

[4] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1965, V ediz. 1981, pp. 63-64.

[5] G.D. Romagnosi, *Saggio di politica*, Firenze 1858, pp. 76-78.

Stanislao Mancini nella seduta generale della *Regia società economica del principato ulteriore* per esprimere la sua ferma disapprovazione al progetto di ordinare i nuovi asili di mendicità del regno di Napoli nelle forme di colonie agricole in cui impiegare contemporaneamente mendici e condannati:

> Di grazia, crederà alcun uomo, cui non manchi senno ed esperienza del cuore umano, che nelle nostre condizioni morali ed economiche fosse per riuscire sufficiente freno a contenere le volontà malvagie e disposte a delinquere, specialmente nelle classi basse della società, la minaccia di una pena, consistente nel passare alcuni anni in una campagna, fatta bella e salubre, a lavorar la terra nella più fertile e ridente provincia del reame, ricevendo vitto e vestito, e raggranellando un capitale nella cassa di risparmio? Oh, quanti dei nostri contadini ambirebbero in premio de' loro sudori questa che si vorrebbe rappresentare come pena riserbata alla scelleratezza! In breve la sicurezza individuale sarebbe compromessa, e veder potremo la società dai suoi cardini scrollata![6].

Ascoltiamo ora le voci che hanno animato il dibattito negli anni immediatamente precedenti e successivi all'entrata in vigore del codice Zanardelli: proprio su alcuni momenti di questo dibattito voglio richiamare l'attenzione perché li ritengo utili per cercare di capire quale posto si riservava alla vita e alla salute del condannato nella scala dei valori (meglio nelle scale dei valori) del giurista e del legislatore del tempo.

Comincio dai discorsi da cui ho tratto le due espressioni utilizzate nel titolo del mio intervento.

L'espressione "lotta del male contro il male" è adoperata alla Camera il 9 marzo del 1899 dal deputato Teodorico Bonacci, già ministro della giustizia nel primo governo Giolitti (1892-1893) e nel quinto governo Di Rudinì (1898). Bonacci, a proposito dell'opportunità di adibire i condannati ai lavori di bonifica di malsane aree paludose e malariche, afferma:

> Il male contro il male, la delinquenza mandata a combattere la malaria, e da questa lotta tra due mali trarre il duplice bene della redenzione delle terre insalubri e della redenzione delle anime mediante il lavoro; l'obbligo dei condannati, che hanno offeso la società, di sostenere del lavoro sociale la parte più dura, più faticosa, più ingrata, più pericolosa; infine le squadre dei condannati che nell'Agro romano, nelle lande più desolate della Sardegna e in altre regioni incolte ed insalubri aprono e spianano la via all'esercito dei liberi lavoratori: questi erano i miei concetti, questi i propositi miei[7].

L'altra espressione utilizzata nel titolo, "cimitero dei vivi", che riecheggia la dostoyeschiana "casa dei morti" precedente di quattro decenni, è adoperata da Filippo

[6] P. S. Mancini, *Della utilità di ordinare i nuovi asili di mendicità nel Regno di Napoli, sotto la forma di colonie agricole. Discorso pronunziato nella seduta generale della Regia Società economica del Principato Ulteriore del 30 maggio 1843*, in "Biblioteca di scienze morali, legislative ed economiche", 1844, fascicolo V, pag. 269, citato dallo stesso Mancini in una sua lettera del 31 marzo 1874 indirizzata a Martino Beltrani Scalia e dallo stesso pubblicata alle pp. 125-128 del suo *La Deportazione*, Roma 1874.

[7] T. Bonacci, *Intervento nella tornata di giovedì 9 marzo 1899,* in *Atti Parlamentari. Camera dei deputati.* Legislatura XX, 2a Sessione, Discussioni, pp. 2771-2775 (la citazione è a p. 2772). Nella stessa tornata un vivace scambio tra Lucchini e Ferri ci restituisce i toni del dibattito tra scuola classica e scuola positiva a proposito, tra l'altro, anche della funzione della pena. Sulla polemica tra Ferri e Lucchini cfr. M. Da Passano *Echi parlamentari di una polemica scientifica (e accademica),* in "Diritto@Storia", n. 1, maggio 2002 – Memorie, in www.dirittoestoria.it.) Tutti gli atti parlamentari che qui sono citati sono consultabili on line sul sito della Camera dei Deputati.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 23

Turati alla Camera il 18 marzo del 1904 nel corso del dibattito sull'approvazione del bilancio del ministero dell'Interno. Nel suo intervento, che qui si richiamerà più volte, il deputato socialista, replicando al Direttore dell'amministrazione penitenziaria Doria, redattore della relazione statistica sull'amministrazione carceraria, i cui dati sono oggetto di valutazione nel dibattito parlamentare, lamenta la totale separazione tra il mondo dei liberi e il mondo penitenziario:

> L'amministrazione carceraria non è sospettata, unicamente perché non è conosciuta, perché nessuno ne sa nulla, perché non vi è comunicazione alcuna tra il nostro mondo e quei cimiteri di vivi che sono le carceri. Provatevi a vivere là dentro *(Eh ! eh ! Interruzioni - Ilarità)* e poi sappiatemi dire se tutto non vi è da riformare, a cominciare da quegli agenti di custodia dei quali tracciava testé una rapida fisiologia l'onorevole Capece-Minutolo. È un mondo misterioso, ignorato da tutti, a cominciare dal ministro dell'interno, e lo dico a suo onore, perché, se non fosse ignoto anche a lui, egli, che al postutto, per quanto ministro dell'interno, è un galantuomo e un galantuomo intelligente *(Ilarità - Commenti*), non avrebbe indugiato un minuto ad iniziare sul serio una radicale riforma. Io dissi una volta in questa Camera che per diventare ministro dell'interno, mi pareva una condizione indispensabile quella di aver passati alcuni anni in galera. *(Oh! oh! - Ilarità).* Ed allora, siccome in quest'aula si amano le barzellette, mi fu risposto che io posavo la mia candidatura a quel posto. No, non si trattava di questo. Io posavo semplicemente davanti alla Camera un problema che impegna l'onore di un Paese che voglia essere civile. La verità è che, all'infuori di qualche condannato politico, che ebbe la fortuna, proprio la fortuna, di essere mescolato con i condannati comuni, non vi è nessuno che con conoscenza di causa vi parlerà dell'interiore delle carceri. Gli altri, o la loro voce è troppo fioca per arrivare fin quassù, oppure, e specialmente i più rispettabili fra essi, desiderano sopratutto di dimenticare e di far dimenticare il triste tempo passato tra quelle mura[8].

Le parole di Bonacci si riferiscono direttamente all'argomento che qui si vuole trattare: "la delinquenza mandata a combattere la malaria", "la redenzione delle terre insalubri" e "la redenzione delle anime" che scaturiscono dalla lotta del male contro il male in cui ai condannati, che hanno offeso la società, spetta sostenere la parte "più dura, più faticosa, più ingrata, più pericolosa". Turati, invece, almeno in questa parte del suo intervento, evidenzia un aspetto che sembra non riguardare direttamente il nostro argomento, quello della separatezza tra il mondo dei liberi e "quei cimiteri di vivi che sono le carceri": il leader socialista, forte della esperienza personale, richiama al senso della realtà e lamenta che nessuno ha conoscenza di causa di ciò che avviene nelle carceri.

L'intervento di Turati, in un altro passaggio, è importante perché sintetizza efficacemente i concetti che ispirano il regolamento penitenziario del 1891 che si sviluppa seguendo due direttrici (in contrasto tra di loro secondo il deputato socialista):

> Da un lato l'intenzione, un po' ascetica se vogliamo, di atterrire e deprimere il condannato, di fargli sentire la potenza enorme dello Stato vindice, di obbligarlo a piegarsi su di sé e a rabbrividire delle sue colpe; questo è il lato innegabilmente feroce, ma, secondo l'intenzione dell'autore, provvidamente feroce, del regolamento; ma di contro a questo, che è il lato dell'ombra, vi è anche il lato della luce; vi è cioè, nel regolamento medesimo, tutta una serie di precetti, di istituti, intesi poi a confortare il condannato, ad elevarlo a mano a mano,

[8] F. Turati, *Intervento nella 2a tornata di venerdì 18 marzo 1904,* in *Atti Parlamentari. Camera dei deputati.* Legislatura XXI, 2a Sessione, Discussioni, pp. 11821-11828 (la citazione è a p. 11822).

> preparandolo ad uscire dal sepolcro in condizioni fisiche, intellettuali e morali che lo rendano capace di affrontare e superare le lotte della vita nelle vie della rettitudine. Senonché, come è molto più facile rinchiudere un condannato, spaventarlo, brutalizzarlo, che non educarlo e farne un uomo nuovo; come la ferocia non richiede né intelligenza, né fatica, né mezzi pecuniari, mentre l'educazione esige tutte queste cose; è avvenuto che, del regolamento carcerario, tutta la parte brutale, quella in cui sopravvive lo spirito della vendetta sociale contro il disgraziato che è nelle carceri, è larghissimamente applicata; tutta la parte, invece, che rispecchia il dovere dello Stato di provvedere alla redenzione del colpevole, guarentendo al tempo stesso la sicurezza pubblica contro le recidive, tutto questo è lasciato completamente da parte, è rimasto lettera morta[9].

L'autore del regolamento a cui Turati si riferisce è Martino Beltrani Scalia, massimo responsabile della Direzione delle carceri del Ministero dell'Interno, direttore della *Rivista di discipline carcerarie* e, appunto, principale estensore degli 891 articoli che compongono il Regolamento penitenziario del 1891. Beltrani Scalia riveste un ruolo centrale in tutto il dibattito di cui ci stiamo occupando perché ha fortemente voluto, già nel 1880, sperimentare l'applicazione dei condannati al faticosissimo e rischiosissimo lavoro di bonificamento di una zona malarica dell'Agro Romano[10]. Mi riferisco all'esperimento condotto proprio per volere di Beltrani Scalia alle Tre Fontane, un latifondo di oltre 500 ettari sottratto alle corporazioni religiose dopo l'Unità e in seguito ceduto in enfiteusi ai trappisti francesi diretti dall'abbate Franchino, un esperimento che Mario Da Passano ha raccontato in pagine importanti per la ricostruzione di questo tema, pagine a cui rinvio anche perché riferiscono le punzecchiature che Lucchini lancia contro Lombroso e Ferri, esperimento che più volte è richiamato nel dibattito, e i cui risultati vennero giudicati ora in termini estremamente positivi, ora in termini negativi, anche a causa dei dati incompleti e frammentari a disposizione degli studiosi, effetto della separatezza e della mancanza di comunicazione tra il mondo dei liberi e il cimitero dei vivi lamentate da Turati[11].

Qui è sufficiente ricordare che Beltrani Scalia, che certamente difese l'esperimento in cui si scommise personalmente come studioso e come massimo responsabile delle carceri italiane, era ben consapevole della complessità dei valori in giuoco e, negli scritti in cui presenta il progetto e i risultati conseguiti, adotta di volta in volta, e non senza contraddizioni, registri diversi: ora giustifica e fonda l'esperimento su ragioni di opportunità economica, ora su ragioni più direttamente collegate all'efficacia

[9] Turati, *Intervento nella 2a tornata di venerdì 18 marzo 1904,* cit., pp. 11821-11822. A distanza di oltre un secolo, le parole di Turati potrebbero utilizzarsi, con riferimento all'attuale sistema penitenziario italiano, e non solo italiano, per il quadro che emerge dal recente volume di S. Aleo, *Dal carcere*, cit., nato anche da una assidua frequentazione di alcuni istituti penitenziari di cui si è potuto avvalere l'autore.

[10] M. Beltrani Scalia, *Il lavoro dei condannati all'aperto. L'esperimento alle Tre Fontane e la questione dell'Agro romano*, in "Rivista carceraria", X (1880), pp. 193-194. Intorno all'esperimento delle Tre Fontane, dopo la pubblicazione di Beltrani Scalia si accende una polemica tra lo stesso Beltrani Scalia e Leone Carpi: le lettere che i due si scambiano possono leggersi nella "Rassegna settimanale" n. 140 del 5 settembre 1880 (Carpi) e n. 143 del 26 settembre 1880 (Beltrani Scalia), nel "Popolo romano" del 19, 21 e 22 settembre del 1880 (Carpi) e del 24 settembre 1880 (Beltrani Scalia), del 6 e 7 ottobre 1880 (Carpi e Beltrani Scalia) e sono riunite nella "*Rivista di discipline carcerarie",* X (1880), fascc. 8-9, e pubblicate anche nell'opuscolo *Il lavoro dei condannati all'aperto (polemica)*, Civitavecchia 1880.

[11] Di M. Da Passano, oltre a M. Da Passano – M. Calzolari, *Il lavoro dei condannati all'aperto*, cit., *supra,* nt. 2, cfr. *Echi parlamentari, cit.*

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 23

rieducatrice e emendatrice della pena, ora al valore afflittivo, ora al valore premiale dell'applicazione al lavoro, sempre poggiando le proprie argomentazioni su una ricca, ma non sempre completa e omogenea, serie di dati statistici.

Nel 1880 Beltrani sciorinava una serie di dati economici e statistici, ancora una volta non sempre omogenei e completi, che servivano a dimostrare la convenienza e l'efficacia dell'esperimento; la sua unica, o comunque principale, preoccupazione era in quegli anni costituita dal fatto che il sistema delle pene allora vigente non prevedeva una forma entro cui realizzare l'esperimento, per cui egli invocava un provvedimento specifico dal governo che consentisse una riduzione della pena proporzionale alla durata dell'applicazione al pericoloso lavoro di risanamento delle aree malsane:

> Si dirà che la destinazione de' condannati al risanamento di terreni paludosi è un aggravamento di pena che la legge non ha previsto e che non può essere inflitto senza il libero consenso de' condannati stessi: però se da un lato il Governo non ha il diritto di mandare a morire chi (non) fu punito di morte, ma privato per un tempo più o meno lungo della sua libertà, d'altro lato questa teoria non può essere spinta fino alle conseguenze estreme, senza rendere qualsiasi sistema penitenziario affatto impossibile. Come io credo di aver mostrato nel mio libro *Sulla riforma penitenziaria in Italia*, e con l'aiuto della inesorabile logica delle cifre, qualsiasi pena si risolve in un equivalente di vita tolta al condannato; e se il governo accorda una diminuzione nella durata della pena, indirettamente compensa quel tanto di vita che forse si è potuto togliere colla durezza del lavoro[12].

Nel 1883 Beltrani Scalia raffreddava i facili entusiasmi di chi voleva senz'altro l'impiego dei condannati nei lavori di bonifica e tornava a suggerire che per i condannati adibiti ai lavori rischiosi si prevedesse una diminuzione della durata della pena:

> La istituzione delle colonie, così agevole e così attraente per chi la riguarda nel complesso dei suoi buoni risultati, presenta difficoltà grandissime nell'attuazione pratica per la preveggenza che occorre nel calcolare i mali e gl'inconvenienti possibili - per le circostanze, talvolta anche fortuite, alle quali pur bisogna essere preparati - per la grave responsabilità che assume l'amministrazione cui spetta misurare, se, e fino a qual punto ed in quali condizioni deve cimentare la salute e la vita dei condannati e del personale di custodia. È naturale che non intendo parlare delle colonie istituite, a cagion d'esempio, nelle ridenti isole dell'arcipelago toscano, ma bensì delle altre, sorte, o da sorgere in terreni da bonificare, avvegnaché, a mio modo di vedere, è su di questi che bisogna far convergere la forza dei condannati, a condizione però che il lavoro nel quale essi consumano e rischiano la loro vita, abbia per compenso una diminuzione di pena equivalente ad un prolungamento della vita stessa[13].

Otto anni dopo, quando l'esperimento delle Tre Fontane e altri dello stesso tipo si sono conclusi, nella Relazione introduttiva al Regolamento carcerario del 1891, che sancisce, in ossequio ai principi del codice penale Zanardelli, l'obbligatorietà del lavoro per tutti i condannati a pene detentive, Martino Beltrani Scalia afferma con una cautela che non traspariva negli scritti precedenti:

---

[12] M. Beltrani Scalia, *Il lavoro dei condannati all'aperto*, cit., pp. 193-194.

[13] M. Beltrani Scalia, *Relazione sul personale, sui fabbricati, sul mantenimento dei detenuti, sul lavoro e sulla statistica delle carceri italiane per gli anni 1878-1883*, Roma 1884; traggo la citazione da C. Grassi, *Colonia penitenziaria,* in *Enciclopedia Giuridica italiana*, Milano 1913, III, parte II, pp. 1158-1159.

> Sembra per lo meno dubbio se, in difetto di un'apposita legge, l'amministrazione abbia il diritto di mandare condannati a tempo, ai lavori di dissodamento da fare in luoghi dove la proporzione degli infermi oscilla dai 30 ai 40 per cento e quella della mortalità dagli 8 ai 10 per cento: di mandarvi condannati a tempo, i quali, scontata la pena, ritornino a casa loro affranti e disfatti, per piombare a peso delle famiglie, o per ingombrare gli ospizi di carità e gli ospedali; di mandarvi, necessariamente, agenti di custodia ed ufficiali pubblici con le loro famiglie; di gravare il bilancio di spese non indifferenti per impianto, per cura, per mantenimento, per trasferimenti, per indennità, eccetera nel solo scopo di bonificare terreni che dovrebbero poi essere venduti a prezzi elevatissimi e che nessuno acquisterebbe, soprattutto nell'attuale rinvilio della proprietà fondiaria. Si dirà che lo Stato dovrebbe cedere i terreni bonificati a prezzi miti; ma l'amministrazione non può, senza una legge apposita, impiegare a pura perdita il pubblico denaro. Si dirà che ai lavori di risanamento bisogna destinare i condannati a vita; ma non sarebbe salva, con questa la questione della legalità, una volta che il codice ha stabilito il modo come debba essere scontata la pena dell'ergastolo[14].

In quest'ultimo scritto le percentuali di infermità e mortalità sono senz'altro superiori a quelle riportate, e non solo da Beltrani Scalia, negli anni Ottanta.

Qualche anno dopo, nella Relazione sul disegno di legge per il bonificamento dell'Agro romano, presentato al Senato il 27 marzo 1901, Martino Beltrani Scalia mira ad ottenere che l'Amministrazione penitenziaria possa destinare ai lavori di bonificazione i condannati alla reclusione per un tempo non minore di tre anni, senza sottoporli prima al periodo di segregazione cellulare continua o notturna, e a ottenere che un anno di lavoro equivalga a quindici mesi per gli effetti della pena, e che per il personale direttivo, di vigilanza e di custodia dimoranti sul luogo del servizio prestato durante la bonifica, sia calcolato nella stessa misura agli effetti della pensione. Il disegno di legge per il bonificamento dell'Agro romano segue quello presentato dal ministro Emanuele Gianturco alla Camera dei deputati nella seduta del 22 novembre 1900, volto ad assicurare stabilimenti penitenziari adatti a consentire che tutti i condannati possano essere applicati ad attività lavorativa[15], considerata la centralità del lavoro nel sistema di espiazione della pena previsto dal codice[16]. Un terzo disegno di legge fu presentato alla Camera dei deputati nella seduta del 6 dicembre 1902 dal Ministro dell'Interno Zanardelli per attribuire la

> facoltà al Governo del Re di valersi dei condannati alla reclusione e alla detenzione, qualunque sia la durata della pena che devono scontare, per destinarli ai lavori di bonifica dei terreni incolti e malsani.

Da questo terzo progetto, relatori Lucchini alla Camera e Beltrani Scalia al Senato, nasce la legge 20 giugno 1904, n. 285.

Con la legge 285 Giolitti voleva alleggerire le sovraffollate e insufficienti carceri indirizzando i condannati nelle colonie agricole (della Sardegna, innanzitutto) e voleva risolvere il problema dell'insufficiente offerta di lavoro carcerario (irrisolto ancora nel

[14] M. Beltrani Scalia, *Relazione a sua eccellenza Francesco Crispi Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro dell'Interno*, in *Ordinamento generale della Amministrazione carceraria*, Roma 1891, p. LXXVI, citato anche in M. Calzolari - M. Da Passano, *Il lavoro dei condannati*, cit. pp. 143-144.

[15] P. G. Assirelli - I. Santangelo Spoto, *Lavoro carcerario*, in *Digesto italiano*, Torino 1902-1905, XXVIII, pp. 194-195.

[16] *Atti Parlamentari. Camera dei Deputati.* Documenti, legisl. XXI, sess. 1a, n. 87, pp.1 ss.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 23

1915) senza incorrere nei rischi di concorrenza al lavoro dei liberi temuti dai socialisti[17]. Alle voci del Parlamento che si preoccupano per il pericolo di un aumento delle malattie e della mortalità dei condannati "per infezioni miasmatiche" e propongono di modificare il titolo della legge togliendo il riferimento ai terreni "malsani", che "può essere ripugnante ai sensi più umani e civili" in quanto "la legge e l'Amministrazione... sono e devono essere ben lungi dal compromettere la salute e la vita dei condannati, e votarli alle infermità o alla morte", Giolitti replica rassicurando che si adotteranno "i mezzi preventivi e profilattici testé sperimentati con successo nelle zone malariche" correggendo il titolo in "bonificazione dei terreni incolti o malarici"[18].

A proposito dei "terreni malsani" scrive Cesare Civoli:

> Io sono per altro ben lontano dal credere, che sotto il punto di vista finanziario si possano avere notevoli vantaggi dall'impiego dei condannati in opere di bonifica. Il condannato è di per sé un lavoratore assai meno buono dell'uomo libero. La prestazione dell'opera sua si effettua inoltre in condizioni poco favorevoli a che da essa si tragga il maggior utile possibile[…]. Chi si accinge a tale opera, ineseguita finora non per difetto di braccia ma di capitali e di sapiente organizzazione, deve affrontare la lotta, libero da ogni altra preoccupazione, ed unicamente ed esclusivamente inteso a dare ai lavori quell'indirizzo, che possa riuscire il più proficuo sotto il punto di vista tecnico ed economico. I risultati, che si sono avute in piccole colonie formate mediante condannati i quali abbiano già subìto una notevole parte della pena, non bastano a render ragionevole la speranza che simili frutti si abbiano ad ottenere, quando l'amministrazione carceraria dovesse ad un tratto provvedere ed un numero notevole di direttori capaci di sorvegliare un'azienda agricola, ed una quantità rilevante di lavoratori, i quali come non possono essere giustamente pareggiati ai lavoratori attuali – perché questi sono condannati, che hanno in precedenza data lunga prova di buona condotta – così non possono neppure paragonarsi neppure ai deportati inglesi, perché essi eran tali sotto l'impero d'una legislazione in talune parti ingiusta, in altre esageratamente severa, né ai coloni olandesi, perché essi più che malfattori, erano individui privi di mezzi e di recapiti[19].

Tre anni dopo l'entrata in vigore della riforma, nel 1907, Giuseppe Cusmano, agronomo nelle colonie penali sarde, auspica un'estesa applicazione della legge 285:

> si avrebbe anche modo di disimpegnare lavori lontani, faticosi, difficili che quasi sempre il libero operaio non può fare… L'applicazione del disegno di legge Giolitti ci ricondurrebbe quasi ai tempi degli antichi egizi e romani, quando impiegavano numerosi schiavi e vinti in costruzioni di grandiose opere pubbliche, che tuttavia sbalordiscono il mondo. Però la moderna bonifica è guidata da principi d'umanità: i condannati non si tormentano, ma

[17] G. Giolitti, *Relazione al disegno di legge sull'impiego dei condannati nei lavori di bonificazione dei terreni incolti o malarici,* presentata alla Camera il 6 dicembre 1902, in *Atti Parlamentari*, *Camera dei Deputati*, Legislatura XXI, p. 5.

[18] L. Lucchini, *Relazione della commissione incaricata dell'esame del disegno di legge sull'impiego dei condannati in lavori di dissodamento e di bonifica*, in *Atti Parlamentari*, *Camera dei deputati*, Legislatura XXI, 28 giugno 1903, *Documenti,* p. 5 e ss., pubblicata anche in "Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza", LIX (1904), pp. 499-520. Al Senato alla Relazione provvide il 15 giugno 1904 Beltrani Scalia e la legge fu approvata quasi senza discussione il 18 giugno 1904; l'approvazione della Camera avvenne il 26 giugno dello stesso anno.

[19] C. Civoli, *Osservazioni sul disegno di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia sull'impiego dei condannati nei lavori di dissodamento e di bonificamento dei terreni incolti e malsani*, in "Monitore dei tribunali", 42 (1901, serie II vol IV), p. 24.

> conduconsi a un lavoro razionale, forniti di abitazioni e di vitto sani e difesi dalla malaria; in queste condizioni essi restituiscono alla terra la sua fertilità e all'aria la sua salubrità, preparando nuove fonti di vita e di ricchezza al paese… Ora che cosa si ottiene dall'ozio del condannato? Congiure, indisciplinatezze, uccisioni; invece procurandogli lavoro, si ovviano in gran parte questi mali e dal delinquente si può trarre un buon operaio che fa bene a sé e alla nazione. Senza dubbio, è ben lieto il condannato di scontare la pena all'aperta campagna; ciò è per lui un conforto salutare. Per altro egli, come tutti, ha il dovere e il diritto al lavoro; proibirglielo non è giustizia. Infine il disegno di legge Giolitti promuove il miglioramento dei terreni incolti nei più remoti luoghi d'Italia, e quindi l'agricoltura che apporta agiatezza e pace; è la riabilitazione di molti sventurati, l'applicazione più vera del *migliorare la terra col mezzo dell'uomo e l'uomo col mezzo della terra*[20].

I dati, sia pure incompleti, relativi alla mortalità e alle malattie dei condannati impegnati nelle aree malsane, erano stati utilizzati da Tommasi Crudeli, igienista e deputato, per chiedere nel 1883 che il lavoro alle Tre Fontane fosse sospeso almeno nei tre mesi estivi in cui il clima rendeva il lavoro ancora più rischioso per la salute dei condannati. E forse proprio la serietà e il prestigio di Tommasi Crudeli, e la fondatezza dei dubbi che avanzava sull'esperimento, (non disgiunti dalla circostanza che l'igienista e il massimo responsabile delle carceri italiane si stavano legando sul piano familiare per il matrimonio tra i figli), avevano indotto Beltrani Scalia a ridimensionare il suo iniziale entusiasmo per l'esperimento delle Tre Fontane.

Dall'intervento di Tommasi Crudeli alla Camera del 22 gennaio 1883 apprendiamo non solo che la selezione dei condannati era stata effettuata su criteri premiali - "la colonia fu molto ben composta, perché si scelsero individui, condannati a tempo, i quali erano giunti al termine della loro pena. Si scelsero coloro, i quali avevano dato migliori prove di buona condotta, ed i quali per il fatto stesso che fra poco avrebbero dovuto uscire liberi, in mezzo alla società civile, avevano interesse a condursi più disciplinatamente non solo, ma avevano pochissimo interesse a scappare" -, ma anche che la concessione ai trappisti era stato un vero e proprio affare per la congregazione religiosa francese - "il contratto fu fatto in condizioni molto buone per i padri trappisti perché fu ceduta la tenuta ad un canone molto basso. Di più non fu calcolato nemmeno il valore eccezionale di una cava di pozzolana, che si trovava in questa tenuta, e che adesso dai trappisti è stata tagliata fuori. Col solo prezzo di affitto della cava di pozzolana essi pagano l'intero canone al Governo, ed il rimanente della tenuta, che può esser calcolata in 450 ettari, essi godono, si può dire, gratuitamente" - che era stata preferita a un gruppo di 50 famiglie italiane. Tommasi Crudeli lamenta:

> Io debbo dire francamente che ho deplorato che l'offerta fatta da quelle 50 famiglie di contadini fosse rifiutata dalla Giunta liquidatrice, perché una volta che la Giunta stessa intendeva di passar sopra alle regole ordinarie d'affitto di queste antiche manomorte, e voleva essere cosi generosa, avrei certamente preferito che lo fosse stata in favore di agricoltori liberi, che intendevano di andare a stabilirsi in quella località e di iniziare una bonifica stabile colla creazione di un centro abitato, piuttosto che rischiare di creare una seconda manomorta, e forse una manomorta non nazionale.

Comunque Tommasi Crudeli riconosce che:

> Le condizioni morali ed economiche della colonia furono fin da principio stabilite in un

[20] G. Cusmano, *Impiego dei condannati nei lavori di bonificazione dei terreni incolti o malarici (disegno di legge Giolitti),* in "Rivista di discipline carcerarie", 29.1 (1904), pp. 10-11.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 23

> modo ottimo; ed io, che parecchie volte ebbi occasione di visitare le Tre Fontane, posso dire che realmente fa piacere il vedere come il morale di questi disgraziati, si rialzi, non fosse altro pel modo umano con cui sono trattati, e pel fatto del lavoro che compiono colla coscienza di fare un lavoro utile per il presente e per il loro avvenire.

Ma da subito l'impresa presenta dei rischi:

> Ma le illusioni relative alla bonifica caddero subito, almeno per noi che abbiamo voluto studiare un poco da vicino tutte le circostanze di fatto. E fin dal 1880 si poté riscontrare che una grande quantità di forzati non solo, ma la quasi totalità delle guardie carcerarie era stata colpita da febbri, e febbri assai gravi. Alcuni giornali di Roma ne parlarono. La cosa fu negata, fu considerata come controversa. E il dubbio, rimasto in alcuni, sulla interpretazione da dare agli avvenimenti spiacevoli che ebbero luogo nel 1880, si può giustificare, perché appunto quello fu un anno di gravissima malaria nella campagna di Roma; e, siccome la località, nella quale lavoravano i forzati alle Tre Fontane, era assai ristretta, si poteva supporre che questa località, pur essendo stata bonificata, ricevesse la malaria dall'atmosfera delle parti circostanti della campagna di Roma e che eccezionalmente si avessero in quell'anno delle gravi malattie nella colonia, le quali non si sarebbero verificate negli anni ordinari. Ma nell'anno attuale, nel 1882, le cose hanno cambiato d'aspetto: la colonia si è ingrandita in modo che quasi 300 persone, tra forzati e guardiani, sono state mandate successivamente alle Tre Fontane.

E nel 1882, nonostante a Roma e nelle campagne di Roma non si siano registrati casi di malaria:

> alle Tre Fontane tutti i componenti della colonia, dal primo all'ultimo dei guardiani, dal primo all'ultimo dei forzati, tutti sono stati colpiti da febbre. Fra i forzati molti hanno avuto delle leggiere malattie, altri però ne hanno avuto delle gravi, e molti di essi si sono dovuti mandare, per rimettersi in salute al bagno di Civitavecchia od al bagno di Spoleto. Tutte le guardie carcerarie sono state colpite da febbri, generalmente gravissime. Non abbiamo che una sola vittima, perché i soccorsi furono pronti, perché l'infermeria di Regina Coeli è stata molto accresciuta, e perché furono destinati all'uopo medici intelligenti, i quali hanno curato queste febbri molto attivamente. Nell'infermeria di Regina Coeli si sono consumati tre chilogrammi di chinino per la guarigione di questi disgraziati, venuti dalle Tre Fontane! Quest'anno non abbiamo più, come nel 1880, il dubbio che nella colonia delle Tre Fontane si sieno manifestati numerosissimi casi di febbre, pel fatto dell'avvelenamento dell'atmosfera circostante a quella località, già creduta, bonificata. Quest'anno abbiamo precisamente il contrario: abbiamo cioè mancanza di malaria nel resto del territorio dell'Agro romano, ed abbiamo lo sviluppo della malaria concentrato nella località delle Tre Fontane.

Infine Tommasi Crudeli pone tre questioni. La prima, da studioso di malattie infettive: "uno dei fatti dei quali non abbiamo ancora la spiegazione scientifica è questo, che si è verificato tanto nel 1880 quanto nel 1882, cioè che le guardie si sono ammalate molto più gravemente dei forzati… ed io ho potuto constatare nel mese di novembre che il sangue di queste guardie carcerarie era guastato grandemente per effetto della perniciosa, che esse avevano avuto"; la seconda e la terza da osservatore attento ai risvolti economici e sociali:

> Per quanto risulta a me, una delle ragioni per le quali la malaria quest'anno si è sviluppata così gravemente alle Tre Fontane, è appunto il fatto che, approfittando della circostanza di avere la mano d'opera a così basso prezzo, i padri trappisti, invece di piantare *eucaliptus* nei bassi fondi delle Tre Fontane, hanno fatto la coltura del granturco ad irrigazione continua;

> cosa che certamente non avrebbero fatta se invece di pagare una lira al giorno i loro operai, li avessero dovuti pagare 3, 4 o 5 lire, come avrebbero dovuto ove si fosse trattato di operai liberi durante l'estate. Io non ho tenerezze eccessive pei forzati, ma devo fare osservare che siccome qui, appunto per comporre la colonia in condizioni di sicurezza discreta, sono stati sempre scelti forzati condannati a tempo e prossimi ad uscire dal bagno penale, prossimi al momento nel quale debbono ritornare alla vita civile, non mi pare che sia consigliabile l'aggravare la condizione sociale nella quale si trova il forzato al finire della condanna, regalandogli, per favorire l'industria privata, delle malattie le quali possono diminuire le sue forze fisiche[21].

E il 27 giugno del 1883 sempre alla Camera Tommasi Crudeli invita alla prudenza nella valutazione dell'esperimento delle Tre Fontane:

> Nel momento attuale, né nella campagna, né negli ospedali di Roma si trovano febbricitanti, salvo alcuni pochi casi di febbri lievi: da più di un mese i miei assistenti cercano casi di febbri gravi negli ospedali di Roma senza poterne trovare. Alle Tre Fontane invece le febbri gravi sono già scoppiate, ed all'infermeria di *Regina Coeli* dove i forzati che lavorano alle Tre Fontane sono accolti, se l'onorevole Venturi ci va, troverà che, precisamente come accadde l'anno passato, vi sono parecchi casi di febbri gravi. Io pregherei quindi l'onorevole Venturi e gli altri onorevoli colleghi, di riservare i loro giudizi sulla faccenda delle Tre Fontane, dopo che si saranno meglio studiati gli effetti delle opere di bonifica colà intraprese[22].

Ma l'invito di Tommasi Crudeli alla prudenza resta senza risposta: nella pubblicistica chi si oppone agli esperimenti è quasi tacciato di disfattismo e se l'esperimento non dà i risultati attesi si attribuisce la causa del fallimento all'incapacità dei responsabili come nel caso di Castiglion della Pescaia dove la malaria e le difficoltà del suolo impedirono il compimento dell'opera.

Bonacci due giorni dopo così replica alle obiezioni di Tommasi Crudeli:

> Io ho veduto e sentito spesso l'Amministrazione delle carceri fatta segno ad accuse opposte e contradditorie. Da un lato l'accusano di crudeltà e di violazione delle leggi più sacre di umanità, perché dicono che abbandona i condannati, senza precauzioni e senza riparo, in balìa della febbre e della morte. Dall'altro lato l'accusano di soverchia mitezza e di malsano sentimentalismo, lamentando che ella usi soverchi riguardi ai condannati, e la condizione dei condannati renda migliore di quella dei liberi lavoratori, creando quasi una nuova spinta al reato nell'interesse che avrebbe il libero lavoratore a delinquere per migliorare la sua condizione! Io credo che quell'Amministrazione non meriti né l'una né l'altra di queste accuse: credo che essa siasi mantenuta nel giusto mezzo tra l'eccessiva mitezza ed il rigore eccessivo, procurando di non oltrepassare quei confini… E prima di tutto non conviene dimenticare che coloro i quali coi loro reati hanno gravemente offeso e danneggiato la società, le debbono un risarcimento, ed a questo titolo spetta loro indubitatamente quella parte del lavoro sociale, che è la più faticosa, la più pesante, la più insalubre e la più pericolosa… Dall'Amministrazione delle carceri si può pretendere solo che sieno osservate tutte le cautele che possono diminuire ed alleviare i mali, che derivano dalla insalubrità dei luoghi nei quali lavorano i condannati[23].

[21] C. Tommasi Crudeli, *Interrogazione*, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati,* Legislatura XV, I sessione, Discussioni, Tornata del 22 gennaio 1883, pp. 553-555.

[22] C. Tommasi Crudeli, *Discussione del disegno di legge: Bonificamento dell'Agro Romano*, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati,* Legislatura XV, I sessione, Discussioni, Tornata del 27 giugno 1883, p. 4433.

[23] T. Bonacci, *Discussione del disegno di legge: Bonificamento dell'Agro Romano*, in *Atti Parlamentari*, *Camera dei Deputati*, Legislatura XV, I sessione, Discussioni, Tornata del 29 giugno 1883, p. 4433.

Ma torniamo al Bonacci del 9 marzo 1899, alla lotta del male contro il male: Bonacci riprende nella lettera e nella sostanza le parole che nel pomeriggio del giorno precedente, l'8 marzo, aveva pronunciato alla Camera Enrico Ferri, sempre nell'ambito del dibattito sul disegno di legge sui delinquenti recidivi. Ferri aveva sostenuto che non era necessario deportare i recidivi nei territori coloniali, considerato anche gli esiti negativi degli esperimenti effettuati in Eritrea conclusisi con il costoso rimpatrio dei deportati che si erano tutti ammalati per le condizioni proibitive dell'area. Era piuttosto opportuno impiegare i recidivi, e i condannati in genere, per la redenzione delle regioni italiane. Nel discorso di Ferri, che in gran parte riprende argomenti e frasi che ha già utilizzato ne *Il lavoro dei condannati* del 1886, la gerarchia dei valori adottata dal giurista è evidente. Se proprio è necessario un sacrificio di qualche vita umana per redimere le terre malariche è preferibile che si sacrifichino i delinquenti abituali che sono dei non-valori-sociali:

> Avete l'Agro romano, avete in ogni provincia quasi d'Italia quelle terre che l'onorevole Baccarini chiamava appunto le terre irredente d'Italia. Ed allora, se per redimere queste terre dalla Dea febbre, dalla malaria, occorre il sacrifizio di qualche vita umana, è molto preferibile che questo sacrifizio avvenga di questi delinquenti abituali, che sono dei non valori sociali, anziché di operai onesti e liberi, come l'altro giorno abbiamo veduto qui in Roma, assistendo al funerale commovente, di due forti ed onesti romagnoli, della colonia di Ostia, capi di famiglia, che sono stati troncati in un modo fulmineo dalla febbre e dalla polmonite, perché là, per guadagnarsi il pane quotidiano, essi lottano giorno per giorno con la morte[24].

Ferri riprende un passo del suo *Lavoro dei condannati* in cui sosteneva che "dato che a redimere queste terre italiane dalla malaria necessiti il sacrifizio di molte vite umane, o di lavoratori onesti o di lavoratori condannati, niun dubbio che questi devono essere i primi e possibilmente i soli sacrificati"[25] e a cui con toni duri e con diverse argomentazioni aveva ribattuto Mario De Mauro. Il criminalista catanese rileva che il ragionamento di Ferri (e di quanti concordano con lui) finisce per introdurre, nei fatti, la pena capitale che però si continua, almeno nelle dichiarazioni, a respingere. E a tal proposito scrive:

> Perché riconoscere (come lo stesso Enrico Ferri riconosce) la inopportunità od anche l'impossibilità morale di applicare la pena di morte nelle forme consuete del patibolo, molto più quando, secondo lui, non si potrebbe negare alla società il diritto di mettere a morte i più pericolosi malfattori? La lealtà e la franchezza non valgono meglio e più delle mistificazioni?[26].

A voler seguire i ragionamenti dei positivisti, continua De Mauro, si finirebbe per ammettere che reati non punibili con la pena di morte sarebbero nei fatti sanzionati con tale pena.

---

[24] E. Ferri, *Discussione del disegno di legge: Bonificamento dell'Agro Romano*, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*, Legislatura XX, II sessione, Discussioni, 2a Tornata dell'8 marzo 1899, p. 2726. Nello stesso intervento, p. 2723, la polemica tra Ferri e Lucchini raccontata da Mario Da Passano.

[25] E. Ferri, *Lavoro e celle dei condannati*, Roma 1886, p. 45.

[26] M. De Mauro, *Regime penitenziario. Prolusione al corso di Diritto e Procedura Penale letta nella grand'aula della Regia Università di Catania*, in "Antologia giuridica" n. 2 (1887, fasc. 8-9) pp. 525-559, citazione alle pp. 539-543.

Sul piano della scelta del tipo di lavoro, Ferri opta per le colonie agricole, che evitano la concorrenza tra lavoro carcerario e lavoro libero:

> La colonia agricola è la sola soluzione del problema, con essa si risolve anche il problema della concorrenza del lavoro carcerario e del lavoro libero; perché se voi fate lavorare la terra incolta non fate concorrenza al lavoro libero, e i nostri contadini, invece di andare al Brasile a fare gli schiavi bianchi, quando con i segregati e relegati verranno sviluppate le condizioni di vitalità di queste colonie, potranno trovare pane e lavoro nelle terre d'Italia[27].

Infine, non senza qualche contraddizione, rispetto a quanto sostenuto in precedenza, conclude, quasi preoccupandosi dello stato di salute dei condannati:

> Il lavoro coloniale libero è inoltre il solo che possa dare la salute fisica e quindi anche la salute morale ai nostri condannati, che in massima parte sono contadini abituati all'aria libera, e che quindi rinchiusi nel carcere coll'alimento insufficiente che i nostri regolamenti dànno, non fanno che diventare individui più deboli e quindi più irritabili, tanto coi detenuti, quanto coi guardiani[28].

Con Ferri De Mauro si trova, invece, sostanzialmente d'accordo, sia pure con motivazioni diverse, per quanto riguarda le condizioni e il tenore di vita che devono assicurarsi ai carcerati. Entrambi ritengono che il tenore di vita debba ispirarsi ad austerità e non debba eccedere i limiti fissati dal "più semplice soddisfacimento del necessario alla vita", ma se il primo fonda tale limite sul carattere necessariamente afflittivo della pena, il secondo, invece, preferisce insistere sulla preoccupazione educativa: De Mauro teme che i reclusi possano abituarsi ad un tenore di vita che non potranno più procurarsi onestamente una volta liberi[29].

In Italia nel 1890 il Consiglio Superiore di Sanità fissò le dimensioni delle celle in m. 2,10 x 4 x h 3,30, e le dimensioni dei "cubicoli" in m. 1,40 x 2,40 x h 3,30. Solo con la riforma del 1932 ed a seguito delle campagne avviate sin dal 1921 contro la segregazione cellulare, si adotterà il sistema dei "camerotti", che permetterà a un numero di detenuti variabile da 3 a sette di convivere in un locale di 25 metri quadri. Nel 1890 si previde una spesa di 15 milioni per la costruzione nell'arco di 12 anni di nuovi stabilimenti che consentissero l'applicazione del sistema cellulare, ma nei bilanci di quell'anno e dei successivi la posta destinata allo scopo non fu mai adeguata, a fronte di una spesa corrente per l'intero sistema penitenziario per l'anno 1904 (ad esempio) di circa 30 milioni.

Bonacci e Ferri si impegnano in valutazioni economiche sulla convenienza, per il sistema economico nazionale nel suo complesso, dell'applicazione del lavoro carcerario alle bonifiche delle aree malsane. Argomentazioni dello stesso tipo aveva utilizzato nel novembre del 1891 Antonino di San Giuliano da redattore della Relazione della commissione governativa sullo stato dell'Eritrea. Il deputato catanese muoveva dalla premessa che lo Stato può utilizzare i condannati nelle colonie:

[27] E. Ferri, *Discussione del disegno di legge: Bonificamento dell'Agro Romano, in Atti Parlamentari*, Camera dei Deputati, Legislatura XX, II sessione, Discussioni, 2a Tornata dell'8 marzo 1899, p. 2727.

[28] Ibid.

[29] M. De Mauro, *Regime penitenziario*, cit., p. 543, descrive le celle di alcuni nuovi penitenziari della Svezia e dei Paesi Bassi, in cui "si ha una capacità di 32 m.c. di aria, la lucerna opaca a gaz, il calorifero, il campanello elettrico, e il rubinetto di acqua perenne, oltre un elegante armadietto con le stoviglie e le spazzole per le scarpe, per i panni e gli spazzolini da denti".

> I) impiegandoli in lavori pubblici per conto dello Stato (stesso); II) assegnandoli individualmente o a gruppi a singoli imprenditori e proprietari a condizioni diverse; III) trasformandoli gradatamente in coloni liberi, concessionari o proprietari, come mezzo di riabilitazione e premio di buona condotta durante il corso della pena o dopo che sia scontata".

Continuava poi affermando che dal punto di vista economico il costo del lavoro degli indigeni o dei condannati risulterebbe conveniente per lo stato e concludeva che

> l'ostacolo, che ci impedisce di costruire vie o altre opere pubbliche nella colonia Eritrea, non è la mancanza di braccia, bensì la mancanza di danaro.

Poi San Giuliano si fermava a commentare gli scarsi dati che conosceva degli esperimenti di lavoro carcerario in aree malsane condotti in Italia:

> Discordi sono i pareri sui risultati dati dai forzati alle Tre fontane; per le altre colonie penitenziarie italiane non abbiamo ottenuto dal Ministero dell'Interno dati posteriori al 1885. Per le colonie agricole di Pianosa Gorgona, Capraia e Castiadas dal 1 gennaio 1875 al 20 giugno 1885 la spesa è stata di lire 15.518.375,09 l'entrata di lire 9.783.386,61 con una perdita di lire 5.735.288,48. Nelle tre colonie di Pianosa con Montecristo Cortona e Capraia sono stati occupati al lavoro in media 939 condannati, di cui 737 in lavori agricoli, sotto la vigilanza di 129 impiegati e guardie e si sono in 10 anni, con sì gran numero di lavoratori e di custodi, dissodati in tutto 320 ha di terreno e costruiti 16 km di strada. A Castiadas, con 385 condannati destinati attualmente ai lavori agricoli, il valore dei terreni è salito da L. 448.074 a L. 1.100.078,72, ma con una spesa di lire 1.585.641. I fabbricati costarono lire 869.963 e furono valutati lire 589.142.

I dati, per quanto incompleti, dimostrano in modo inconfutabile che sul piano squisitamente economico i risultati degli esperimenti condotti in Italia non possono considerarsi un successo. Tuttavia San Giuliano, continuando nella sua valutazione incentrata esclusivamente sul criterio economico, sosteneva che forse in Eritrea, almeno per quanto riguarda i costi relativi alla custodia, l'impresa avrebbe potuto rivelarsi più conveniente, a fronte però di maggiori costi per gli spostamenti dei condannati e del personale carcerario:

> Non vi è dubbio che nella colonia Eritrea le spese di custodia sarebbero minori attesa l'impossibilità di evasione. Un bianco è subito riconosciuto in paese di neri e quando non gli incogliesse altro male, le popolazioni soggette e limitrofe al minimo avviso delle nostre autorità si affretterebbero a prenderlo e a consegnarlo. Tuttavia un certo impianto e una certa custodia sarebbero necessari e le spese di viaggio sarebbero senza fallo maggiori che per operai liberi, non foss'altro che per questi non occorrono le guardie.

Ma nel seguito del discorso, quasi all'improvviso, San Giuliano abbandonava l'oggettivo criterio fondato sulla convenienza economica e operava una scelta radicale. Significativamente affermava:

> *Indipendentemente* (corsivo mio) però dalle considerazioni finanziarie il lavoro penale è preferibile al lavoro libero nei siti malsani. Nella parte dell'altipiano etiopico a noi soggetta non vi sono quasi siti malsani; nella parte torrida della nostra colonia non crediamo che lo Stato debba intraprendere a proprie spese grandiosi lavori pubblici. Molto meglio è adoperare i condannati in Italia per i lavori di bonificamento ed altro che lo Stato dovrà imprendere per rendere possibile la colonizzazione interna e che si svolgeranno quasi tutti

> in siti di malaria grave. Nelle grandiose opere pubbliche, che all'uopo occorreranno, le spese per la custodia dei condannati finiranno per diventare una piccola quota delle spese generali, mentre nella Colonia, salvo le strade e qualche staccato lavoro idraulico, non vi ha luogo all'impiego simultaneo di numerose braccia. Se la colonizzazione dell'altipiano, invece di seguire cronologicamente quella interna, dovesse essere contemporanea, non cambierebbe il nostro giudizio; anche in tal caso sarebbe meglio di riserbare ai liberi il lavoro nel clima salubre e fresco dell'altipiano abissino, e ai forzati il lavoro del clima malsano delle nostre terre incolte[30].

La scelta è netta: *indipendentemente* da considerazioni dettate da criteri economici è meglio riserbare ai liberi il lavoro nel clima salubre e fresco dell'altipiano abissino e ai forzati il lavoro del clima malsano delle nostre terre incolte.

Sul piano economico finanziario - le considerazioni di San Giuliano lo confermano - è largamente dimostrato che l'esperienza della colonia penale e del lavoro dei condannati all'aperto costituisce sempre una perdita per lo stato: nonostante Beltrani Scalia abbia cercato di dimostrare nei suoi primi scritti che l'impresa sia conveniente per lo stato, o, almeno, che consenta allo stato di abbattere o ridurre i costi per il mantenimento dei detenuti, la più matura e disincantata riflessione degli studiosi giunge in modo unanime allo stesso risultato. Il lavoro dei condannati non è economicamente conveniente, né nel sistema dell'appalto, né nel sistema diretto, né nel sistema misto. Ma da parte di alcuni, positivisti in particolare - per esempio Francesco Carfora - vi sono alcuni casi in cui il ricorso al lavoro dei condannati può essere economicamente vantaggioso per il sistema economico nel suo complesso:

> Vi ha infatti certi lavori, ai quali difficilmente si piega il libero cittadino, sia perché troppo gravosi, sia perché addirittura pericolosi, come avviene di alcune industrie minerarie ed estrattive, ovvero dell'opera di bonifica di siti malsani ed inospiti: ora in questi casi non è chi non veda la grande utilità di Colonie penali, le quali rendano possibile la messa in circolazione di nuove ricchezze, che altrimenti rimarrebbero improduttive. Né si dica che è cosa crudele esporre i condannati a quei pericoli, cui si rifiutano andare incontro i liberi operai, perché in questo, almeno per una volta, noi ci troviamo d'accordo coi positivisti nell'avversare certe morbose sentimentalità, che vorrebbero mettere alla pari i delinquenti e gli uomini onesti, perché anche noi riteniamo col Ferri che se per domare la natura ribelle, che contende agli uomini il trarre partito di certi tesori, da essa gelosamente custoditi, occorre un'ecatombe umana, molto meglio che questa sia di delinquenti che di onesti lavoratori, e che questi, divenuti pionieri di civiltà, si redimano colla morte di fronte alla umanità, che hanno così crudelmente offesa[31].

Nella stessa pagina Carfora sottolinea l'importanza della funzione economica svolta dal lavoro dei condannati che possono mettere a coltura terre malsane in assenza di manodopera che a volte manca a causa dell'emigrazione che spinge gli italiani verso l'America "dove li aspetta miseria per avventura più squallida, lasciando incolti nella madre patria terreni sconfinati che potrebbero essere cagione di ricchezza inestimabile, e sono invece fomite di infezioni e di morte".

Oltre che per gli aspetti che qui si sono citati la sintesi di Carfora nel *Digesto* diretto da Lucchini è un perfetto esempio del modo in cui di solito si affrontò la questione del

[30] Supplemento alla Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia n. 277 del 26 novembre 1891: traggo il testo da F. Carfora, *Colonia penale*, in *Il Digesto Italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di Legislazione, dottrina e giurisprudenza diretto da Luigi Lucchini*, 1897-1902, VII, parte II, pp. 705-706.

[31] Ivi, p. 721.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 23

lavoro dei condannati:

> Ma checché sia della questione finanziaria ed economica, anche quando sotto questi rapporti nessun vantaggio dovesse derivare, non per questo sarebbero da sconsigliare le colonie penali entro certi limiti ed a certe condizioni, quando si pensi alla loro altissima funzione morale e sociale, la quale è per compensare largamente le spese, cui si può per avventura andare incontro, anche quando non ne sia possibile il ricupero materiale, perché la possibile emenda del colpevole, e il ritorno di esso nella società non più come elemento di disordine, ma come elemento di feconda e disciplinata operosità, è tale un vantaggio che franca largamente la spesa, che può per avventura costare, e l'aggravio che può portare al bilancio dello Stato[32].

Insomma, nei discorsi sul lavoro dei condannati e nelle logiche che li ispirano, eccezion fatte per gli interventi di Turati e di Tommasi Crudeli, sembra di poter vedere limiti e contraddizioni comuni. Si sostiene l'opportunità di far lavorare i condannati per la funzione educativa e emendativa del lavoro, ma i condannati da adibire al lavoro vengono scelti adottando criteri premiali, sicché forse sono destinati al lavoro i condannati che meno avrebbero bisogno di essere recuperati per il reinserimento nella società. Si sostiene l'opportunità del lavoro dei condannati perché economicamente conveniente, ma considerati i maggiori costi per la sorveglianza, per i trasporti, anche valutati gli introiti derivanti dal lavoro, il risultato sul piano economico è in perdita. Inoltre deve evitarsi che il lavoro dei condannati produca effetti dannosi sul lavoro dei liberi: la preoccupazione di tenere distinti i due mondi è tale che il condannato addetto al lavoro viene appellato lavorante per distinguerlo dal lavoratore libero. Anche se, al pari che per il lavoratore libero, valgono per il lavoro del condannato i principi della *locatio operis* e, se non la persona, l'oggetto del rapporto di lavoro è il corpo del condannato[33].

Se poi si guardano le risorse finanziarie destinate dallo Stato al sistema carcerario appena riformato, tutti questi discorsi, dei giuristi e del legislatore, sembrano solo esercizio retorico di enunciazioni di buone intenzioni e non assurgono al rango di serio, cioè realizzabile in concreto, progetto. A ragione, Turati, nel corso della seduta del 18 marzo 1904, durante il dibattito sull'approvazione dei capitoli di spesa destinati dal ministero dell'interno all'amministrazione penitenziaria, avverte che senza cospicui interventi finanziari è "perfettamente inutile che voi aggiungiate altre lettere morte alle lettere morte del regolamento attuale" e conclude:

> già, l'edificio del nostro sistema punitivo lo si può indovinare fin dal vestibolo. Quando un arrestato è condotto nelle camere di sicurezza delle nostre Questure, egli comincia a trovare quasi sempre un locale in contravvenzione con tutti i regolamenti di igiene stabiliti dai Municipi e dal Governo. Sui tavolacci egli incontra tutta l'arca di Noè, tutte le razze di cimici, di pidocchi e di altre anche peggiori bestiole, troppo poco parlamentari perch'io possa qui farne l'elenco *(Si ride).* E questa è l'anticamera della giustizia punitiva: dico della giustizia punitiva, non quale appare dallo scenario esteriore dei Tribunali, ma quale è realmente nella sua terribile esplicazione concreta, quale pesa realmente sugli sciagurati che vi incappano per 20, per 30 anni, per tutta la vita di, un uomo. Poi, quando il condannato è «consegnato», come una cosa, al reclusorio, egli viene perquisito, gli vengono rasi la barba e i capelli, viene spogliato de' suoi abiti e gli è infilata quella indecente livrea multicolore, che

[32] Ivi, p. 721-722.

[33] U. Romagnoli, *Il lavoro dietro le sbarre*, in "Politica del diritto", V (1974), pp. 205 ss.

lo assimila a tutti gli altri condannati, che è come l'oltraggio supremo che noi vogliamo recare a un caduto, a uno sventurato, e forse, chi sa in quanti casi! a un innocente condannato per errore, per renderlo repugnante agli altri e a se stesso... *(Interruzioni).* Sì... il condannato è vestito di quella infame divisa che lo rende, ripeto, oggetto di ludibrio e di ripugnanza a chiunque lo vede; gli si toglie il nome e il cognome, ogni segno della sua individualità, e sul camiciotto gli è cucito un numero, col quale ormai sarà sempre chiamato, come ad ammonirlo che egli ha cessato di essere una persona, un individuo, un essere umano… Non parlo del passeggio, la cosidetta «aria», imposta anch'essa dal regolamento per un'ora al giorno, che si prende in quegli orrendi cortiletti dei reclusorii, che sembrano pozzi : e non v'è nulla di più lugubre di quelle file taciturne di condannati, vestiti da arlecchino, perquisiti all'entrata e all'uscita del cortiletto, che girano di continuo, a passo uguale, rasente le mura, a distanza di alcuni metri l'uno dall'altro, senza poter dire una parola, senza potersi fermare se non col permesso dell'aguzzino, come povere giumente cieche che girino la ruota di una macina da mulino... E così non avete delle carceri, avete degli ammazzatoi[34].

[34] F. Turati, *Intervento nella 2a tornata di venerdì 18 marzo 1904,* cit., pp. 11822-11823 e 11826.

Historia et ius - ISSN 2279-7416
rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 24

Floriana Colao

La pena di morte in Italia dalla giustizia di transizione alla crisi degli anni Settanta

In memoria di Mario Da Passano e Mario Sbriccoli, a dieci anni dalla morte[1].

"Quanti i modi di misurare il grado di civiltà dei popoli? per me il primo e più sicuro modo di misurare il grado di civiltà di un popolo è di misurare il suo maggiore o minore attaccamento ai principi morali della vita; e l'Italia con l'aver provveduto ad abolire pur nella sua tragica e miserrima condizione presente la pena di morte, ha dimostrato di essere ancora e a dispetto di tutto rispettosa dei principii morali della vita, e dunque fra tutti i popoli il più veramente e profondamente civile".
(Alberto Savinio, 12 Agosto 1944)

"Agli spettacoli più fantasiosi di morte violenta la gente aveva fatto negli ultimi anni un allenamento senza pari […] e un morto ammazzato, o due, o cento in un colpo solo non riuscivano più a far vacillare l'irrobustita insensibilità dei nostri cuori" (Dino Buzzati, 3 Dicembre 1946)

"Strappato il manto di austera giuridicità, di cui è truccata, sotto c'è l'assassinio" (*Il Ponte*, 1953)

1. Un "sentimento, che in molti sensi può dirsi italiano"

Nell'*Introduzione* ad un libro sull' "enigmatico" "diritto di uccidere" non a torto Pietro Costa ha scritto di una certa "reazione di sazietà", per un tema abbondantemente studiato, ma che comunque porta a "schierarsi", "sempre attuale e impegnativo"[2]. In questo orizzonte può essere di un qualche interesse la storia di un 'primato patrio', l'abolizione della pena di morte all'indomani della caduta del fascismo, avviato, con l'eccezione delle leggi militari e speciali, dal decreto luogotenenziale 10 Agosto 1944 n. 244. Quel che il penalista Giovanni Leone alla Costituente chiamava la "legge Tupini"[3] sarebbe stato apripista dell'art. 27 comma 4, "la pena di morte non è ammessa se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra", riformulato dalla legge costituzionale 1/ 2007, "la pena di morte non è ammessa", dopo che la legge ordinaria 13 Ottobre 1994 n. 589, votata da tutti i gruppi parlamentari, l'aveva abolita nel codice penale di guerra[4]. L'"eccezione' dell'originario

[1] Articolo già apparso su "Rivista di Storia del Diritto Italiano", LXXXVIII (2015), pp. 5-37.

[2] P. Costa, *Introduzione*, in Id., (cur.), *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Milano 2010, pp. 7-27. Sulla "letteratura immensa, ma spesso ripetitiva" cfr. N. Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino 1990, p. 205.

[3] Si citano gli Atti della Costituente da *www. nascitacostituzione. it. art. 27*, 12 Dicembre 1946; da ora in poi AC. Su Giovanni Leone, tra i protagonisti dell'assetto della giustizia penale nella Costituzione e delle riforme del codice di procedura del 1930 indicazioni in M.N. Miletti, *Leone, Giovanni,* in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, pp. 1163-1166.

[4] Sul tema prima della legge costituzionale 1/2007 indicazioni in G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione*, Bologna 2004, p. 273; in seguito cfr. G. Marinucci, *Pena di morte*, in *XXI secolo. Norme e idee*, Roma 2009,

comma 4 aveva peraltro operato anche nell'Italia liberale: l'abolizione, proclamata dal codice Zanardelli, non aveva riguardato la giustizia coloniale[5]; specie durante la guerra del 1915-1918 il codice penale per l'esercito era stato applicato largamente dal "plotone di esecuzione"[6].

Dall'Unità al regime fascista nell' "orizzonte mentale"[7] degli italiani la pena di morte era percepita come un indicatore della dimensione costituzionale e della civiltà della nazione[8]; nel dibattito approdato alla Costituzione la scelta abolizionista assumeva il profilo di elemento identitario di "tradizione italiana"[9], in cui giocavano un ruolo cruciale il "peso della storia"[10] e della "memoria"[11]. Se il fascismo aveva

pp. 281 ss; A. Pugiotto, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in "Quaderni costituzionali", (2011), pp. 573 ss; F. Corleone-A. Pugiotto, *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma 2012; M. Pisani, *La pena di morte in Italia (1926-1948)*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", (2015), pp. 3 ss.

[5] Indicazioni in L. Martone, *Diritto d'oltremare. Legge e ordine per le colonie del Regno d'Italia*, Milano 2002, pp. 13, 150 ss, p.186; P. Costa, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", (2005), pp. 169 ss; Id.,*'Classi pericolose' e 'razze inferiori': la sovranità e le sue strategie di assoggettamento*, in *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Roma 2007, pp. 239 ss.

[6] Cfr. ancora E. Forcella-A. Monticone, *Plotone di esecuzione. I processi della prima guerra mondiale* (1968), Roma- Bari 2008. Sul rapporto tra pena capitale e codici penali militari cfr. E. Tavilla, *Guerra contro il crimine. Pena di morte e abolizionismo nella cultura giuridica italiana, in A. Sciumè, (cur.), Il diritto come forza, la forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea, Torino 2012,* p. 183. Più in generale cfr. C. Latini, *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2010; M. Rovinello, *Una giustizia senza storia? I codici penali militari nell'Italia liberale*, in "Le carte e la storia", (2012), pp. 59 ss.

[7] Sul termine concetto cfr. ora la *Premessa* in A. Prosperi, *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana. XIV-XVIII secolo*, Torino 2013.

[8] Tra i tanti scritti che in prospettiva storico-giuridica mettono in luce la densità politica del tema cfr. I. Mereu, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale* (1982), Roma 2000; R. Canosa, *La pena di morte in Italia: una rassegna storica*, in "Critica del diritto", (1982), pp. 29 ss; M. Da Passano, *La pena di morte nel Regno d'Italia. 1859-1889*, in S. Vinciguerra, (cur.), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova 1993, pp. 578- 651; G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte. Informazione e consenso*, Milano 2000; G. Neppi Modona, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in L. Lacchè – C. Latini – P. Marchetti – M. Meccarelli, (curr.), *Penale giustizia potere. Ricerche, storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata 2007, pp. 341-378; M. Caravale, *Pena senza morte. Lectio magistralis*, in "Questione giustizia", (2008), pp. 51-62; E. Cantarella, *I supplizi capitali. Origine e funzione delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano 2011; E. Dezza, *Il problema della pena di morte*, in P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, (curr.), *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Il diritto*, Roma 2012, pp. 223-231; G. Neppi Modona, *La pena nel ventennio fascista, ibid.*, pp. 357 ss; D. Galliani, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Assisi 2012. In tante pagine Mario Sbriccoli ha tematizzato la politicità dell'istituto; per l'Italia del Novecento cfr. soprattutto *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, pp.1017 ss.

[9] Con un riferimento finale al discorso sulla "tradizione italiana di diritto penale" all'indomani della caduta del regime cfr. M. Pifferi, *Alla ricerca del «genio italico». Traduzione e progetti nella penalistica post-unitaria*, in G. Cazzetta, (cur.), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, Bologna 2013, pp. 294-295.

[10] In generale cfr. P. Pombeni, *Il peso della storia nella costruzione del consenso costituzionale post 1945. Problemi e prospettive*, in M. Cau - G. Pallaver, (curr.), *Il peso della storia nella costruzione dello spazio politico. Italia, Germania, Francia e Austria nel secondo dopoguerra*, a cura di, Bologna 2013, pp. 3-26; M. Cau, *Il peso del*

poggiato il ripristino anche sulla "coscienza nazionale", l'Italia liberata rovesciava infatti la narrazione: i guardasigilli Ettore Casati[12] ed Umberto Tupini[13] non riproponevano gli argomenti illuministi o 'alla Carrara'[14]; sostenevano che il legislatore del 1926 e del 1930 aveva voluto l'istituto a "presidio delle maggiori istituzioni politiche del regime", contro il "sentimento generale", radicatosi grazie alla lezione di Beccaria, che aveva trovato sbocco normativo nel codice Zanardelli. Paolo Rossi – avvocato antifascista, che nel 1932 aveva visto sequestrare il suo *La pena di morte e la sua critica* – dichiarava all'Assemblea Costituente di votare per l'"abolizione pura e semplice" in nome delle "più pure tradizioni italiane"[15]. Nei termini di Rossi la *Relazione* di Meuccio Ruini al *Progetto* di Costituzione definiva il divieto della pena di morte come "principio che in molti sensi può dirsi italiano […] ribadito nelle fasi e nei regimi di libertà del nostro paese e rimosso nei periodi di reazione e violenza". Queste parole sono state riprese dalla sentenza della Corte costituzionale 223/1996 a proposito della "proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita di cui all'art. 2"[16].

Due giorni dopo la pubblicazione del decreto luogotenenziale 244/1944, che sostituiva la pena di morte con l'ergastolo – da allora "massima pena", a quella capitale

passato nelle culture costituzionali italiana e tedesca del socondo dopoguerra, ibid., pp. 27 ss

[11] Per tutti cfr. P. Häberle, *Costituzione e identità culturale tra Europa e Stati nazionali*, Milano 2006.

[12] *Verbali dei Consigli dei ministri, Luglio 1943-Maggio 1948*, a cura di A. G. Ricci, I, Roma 1995, pp. 318; II, pp. 30 ss**.** Su Casati, già primo presidente di Cassazione, che aveva rifiutato di giurare fedeltà alla RSI per raggiungere il Sud, guardasigilli nel governo Badoglio, cfr. F. Venturini, *Un sindacato di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione nazionale tra i magistrati italiani. 1909-1926,* Bologna 1987, p. 94; C. Guarnieri, *La Corte di Cassazione*, in L. Violante, (cur.), *Storia d'Italia. Annali, La criminalità*, Torino 1997, XII, p. 804; L. Lacchè, *«Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». Gli anni della "costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947),* in L. Garlati, (cur.), *L 'inconscio inquisitorio. L 'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano 2010, pp. 271-304; M.N. Miletti, *Un vestito per Cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della Repubblica* in D. Negri – M. Pifferi, (cur.), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio* (Ferrara 12-13 Novembre 2010), Milano 2011, p. 364; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna 2012, pp. 237 ss.

[13] *Verbali del Consiglio dei ministri*, cit., III, pp. 68, 80 ss, 94. Sull'avvocato cattolico, guardasigilli nel governo Bonomi, protagonista alla Costituente per la DC, poi senatore e ministro cfr. F. Malgeri, *Umberto Tupini (1889-1973) dal partito popolare al secondo dopoguerra*, Urbino 1993.

[14] Sulle istanze illuministe e su Beccaria in particolare cfr. da ultimo L. Ferrajoli, *L'attualità di Cesare Beccaria*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", (2015), pp. 137 ss. Sugli argomenti della penalistica "costituzionale" dell'Ottocento, Carrara tra tutti, che aveva ancorato la "fede abolizionista" ai "principi di diritto" cfr. L. Lacchè, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico, Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", (2007), pp. 663 ss, e per indicazioni di fonti F. Colao, *Carrara, Francesco*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., p. 464.

[15] AC, 27 Gennaio 1947. Sull'avvocato antifascista, eletto alla Costituente e protagonista della vita politica e giuridica dell'Italia repubblicana indicazioni in G. Vassalli, *Paolo Rossi*, in «Indice penale», 2007, pp. 358 ss; S. Vinciguerra, *Rossi, Paolo*, in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit. p. 1741. Sulle opere di Rossi cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1950)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., p. 651; F. Palazzo, *La pena,* cit., pp. 650 ss.

[16] Cfr. *www. Consulta online 223/1996*; la *Relazione* Ruini anche in *www.nascitacostituzione.it. Introduzione.*

comunque legata[17] – Alberto Savinio scriveva della "superiorità civile" dell'Italia 'penale', da Beccaria al codice Zanardelli al "regresso" fascista, cui trovava una sorta di 'attenuante', "lo stesso fascismo non seppe trovare un mezzo originale […] e dovette contentarsi della comune fucilazione", a differenza del "gusto della morte", la ghigliottina francese, l'impiccagione inglese, la "macchina perfezionata" americana; "*viva la muerte* gridano gli spagnoli, ma per la morte l'italiano non ha fantasia"[18]. La retorica di un boia nazionale tutto sommato poco operoso e 'moderato', specie nella comparazione con altri totalitarismi, segnava anche alcune pagine di un volume pubblicato nel 1944 da Mario Berlinguer – Commissario aggiunto all'epurazione, Pubblico ministero nei processi Caruso e Roatta – col ricordo che "contro la pena di morte insorsero perfino fascisti non del tutto contaminati"[19].

Immersi nella storia nazionale, che ha dato loro senso, vedremo i problemi legati al percorso verso "la morte della pena di morte"[20]. Dalla giustizia di transizione[21] alla crisi degli anni Settanta la narrazione del "sentimento italiano" sul divieto di uccidere era complicato da alcune voci di politici e giuristi, e soprattutto dalle *Disposizioni penali di carattere straordinario* del 10 Maggio 1945,e riformulate dal decreto legislativo del capo provvisorio dello Stato 2 Agosto 1946, che rinverdivano i fasti della Legge Pica[22].

[17] Prima del 2007 sottolineava che un'eventuale abolizione dell'ergastolo avrebbe potuto anche far riaprire la discussione sulla pena di morte F. Mantovani, *Sacertà della vita e pena di morte*, in Id., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova 2003, p. 431. Di recente sul nesso tra le massime pene, e sui dati della percentuale degli italiani favorevoli alla pena di morte, una maggioranza in crescita, cfr. A. Bernardi, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale,* in *Il delitto della pena*, cit. p. 108.

[18] A. Savinio, *Non ucciderai*, in "Il Tempo", 12 Agosto 1944, ora in Id., *Sorte dell'Europa*, Milano 1977, pp. 42 ss. Questo brano è stato ricordato da Leonardo Sciascia nel 1981, nella critica della petizione per il ripristino, promossa da MSI; cfr. "Notizie radicali", 13 Febbraio 1981. Ne coglie il profilo fondativo della democrazia M. Salvati, *Dalla Resistenza alla Costituzione: la formazione della classe politica repubblicana*, in "L'Annale Irsifar", (2004), p. 33. Di recente Savinio è citato da M. Pisani, *La pena di morte in Italia*, cit., p. 20.

[19] M. Berlinguer, *La crisi della giustizia nel regime fascista*, Roma 1944, p. 15. Sull'avvocato e politico sardo cfr. F.M. Biscione, *Berlinguer Mario*, in *Dizionario Biografico degli Italiani,* I supplemento, Roma 1988, pp. 376-378. Sul numero delle sentenze capitali eseguite cfr. G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, cit., pp. 293 ss; anche in prospettiva comparata cfr. ora L. Lacchè, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista*, in Idem, (cur.), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma 2015, pp. IX ss.

[20] A. Pugiotto, *Nessuno tocchi Caino, mai,* in F. Corleone-A. Pugiotto, *Il delitto della pena,* cit., p. 57.

[21] Sul tema cfr. tra gli altri G. Neppi Modona, *La giustizia in Italia tra fascismo e democrazia repubblicana*, in G. Miccoli – G. Neppi Modona – P. Pombeni, (curr.), *La grande cesura. La memoria della guerra e della Resistenza nella vita europea del dopoguerra,* Milano 2001, pp. 223 ss; J. Elster, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna 2008, pp. 86 ss; M. Donini, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia,* in "Materiali per una storia della cultura giuridica", (2009), pp. 183 ss; G. Montroni, *L 'epurazione in Italia (1943-1949)*, in M. Isnenghi - G. Albanese, (curr.), *Gli italiani in guerra. Conflitti, identità, memorie dal Risorgimento ai giorni nostri*, *Il ventennio fascista*, Torino 2008, IV-2, pp. 689 ss; P.P. Portinaro, *La spada sulla bilancia. Funzioni e paradossi della giustizia politica*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", (2009), pp. 15 ss; L. Lacchè, *«Sistemare il terreno e sgombrare le macerie»*, cit., pp. 271 ss; P.P. Portinaro, *I conti col passato. Vendetta*, *amnistia, giustizia*, Milano 2011; P. Pombeni – H.G. Haupt, (curr.), *La transizione come problema storiografico. Le fasi critiche dello sviluppo della modernità*, Bologna 2013.

[22] *Verbali del Consiglio dei ministri*, cit., pp. IV, pp. 696 ss. Sulla legislazione eccezionale all'indomani dell'Unità, 'carattere originario e tratto permanente' del sistema penale italiano cfr. ancora M. Sbriccoli, *La Commissione di Inchiesta sul brigantaggio e la legge Pica*, in Id., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 467 ss.

Mentre all'Assemblea Costituente maturava l'art. 27, il 14 Aprile 1947 le norme "eccezionali" contro le bande armate di rapinatori erano prorogate di un anno. D'altro canto, pur con l'"eccezione' delle leggi marziali, la Costituzione rinunciava a difendere la società con il plotone d'esecuzione, anche più nettamente della "Carta dei diritti dell'uomo delle Nazioni unite", ove – come nel 1953 scriveva *Il Ponte* di Piero Calamandrei – "è registrato il diritto alla vita, ma non si esclude che esso debba cedere alla pena di morte"[23].

Nei momenti di più acuto allarme sociale si sarebbero levate voci di ripristino: sporadiche proposte di legge costituzionale, senza seguito, una petizione d'iniziativa popolare, promossa nel 1981 dal MSI, per introdurre la pena di morte per i reati commessi dai terroristi, cui *Democrazia e diritto* rispondeva chiedendo al legislatore e all'opinione pubblica "uno sforzo di razionalità"[24]. La tenuta dell'art. 27, pur nel dramma degli 'anni di piombo', confermava le parole di Paolo Rossi, che nel 1953 celebrava "la prima costituzione repubblicana" anche per aver "ripudiato" la fucilazione "nemine contradicente"[25]. Il penalista Giuseppe Bettiol – democratico cristiano, relatore per la Commissione giustizia alla Consulta nazionale, membro dell'Assemblea Costituente – vedeva il futuro del "sentimento condiviso dalla stragrande maggioranza dei cittadini, cioè che il cerchio del sangue abbia a considerarsi spezzato"[26].

2. Le complicazioni della libertà: l'abolizione, la pena di morte per i crimini fascisti, il codice Rocco'epurato', la difesa della democrazia.

Durante la lunga guerra civile per gli italiani la morte era una presenza costante, con l'uccisione dei nemici e l'ostentazione dei loro corpi morti, accatastati nelle piazze, appesi ai tralicci, a galleggiare nel silenzio del Po, nell'immagine indimenticabile del cadavere del partigiano in *Paisà* di Rossellini; del senso della Resistenza come lotta di Liberazione sarebbero state manifesto le *Lettere dei condannati a morte*[27]. La fine della

[23] "La pena di morte è oggi in pieno vigore nella massima parte degli Stati che si dicono civili […] la modernità dell'apparato si sforza di mascherare l'antica camera della tortura, e non serve che a crescere la crudeltà del supplizio"; cfr. *Appello contro la pena di morte*, in "Il Ponte", (1953), pp. 897 ss. Sulla fatica dei percorsi abolizionisti, che dai limiti della *Dichiarazione* del 1948 approdano all'abolizione integrale della Carta europea dei diritti fondamentali indicazioni in F. Mantovani, *Sacertà della vita*, cit., pp. 426 ss.

[24] D. Pulitanò, *Ergastolo e pena di morte: le «massime pene» tra referendum e riforma*, in "Democrazia e diritto", (1981), p. 155; analogamente L. Violante, *Il tragico imbroglio della pena di morte*, in L' "Unità", 8 Febbraio 1981. Sulla petizione di iniziativa popolare per il ripristino, che raccoglieva un milione di firme cfr. G Almirante, *Pena di morte ?,* Roma 1981; M. Tarchi, *Continuità ed evoluzione della Destra italiana negli 'anni di piombo'*, in G. De Rosa - G. Monina, (curr.), *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta. Sistema politico e istituzioni*, Soveria Mannelli 2003, p. 159.

[25] P. Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo 1953, p. 163 ss.

[26] G. Bettiol, *Sulle massime pene, morte e ergastolo,* (1956), in Id., *Scritti giuridici*, Padova 1966, II, p. 890. Sul grande penalista friulano anche per indicazioni cfr. ora G. Marinucci, *Bettiol, Giuseppe*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 246-248.

[27] Tra gli esempi cfr. S. Luzzatto, *Il corpo del Duce*, Torino 1998; M. Dondi, *La lunga Liberazione Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma 1999, pp. 155 ss; G. De Luna, *Il corpo del nemico ucciso. Violenza e morte nella guerra contemporanea*, Torino 2006. Su *Paisà* cfr. tra gli altri F. Di Giammatteo, *Dizionario del cinema*, Roma 1995, p. 68. Era del Gennaio 1952 la prima edizione, per Einaudi, **di** *Lettere dei condannati*

dittatura – con due terzi del territorio nazionale occupato dai nazifascisti – pareva dover comportare la cancellazione del suo "lugubre" simbolo penale; questo il senso del dllgt. 10 Agosto 1944 n. 244, rivendicato da Tupini come primo atto del "governo libero"[28]. Da allora all'entrata in vigore della Costituzione il dilemma tra abolizione e reintroduzione era sciolto dunque nel segno di una scelta abolizionista 'antifascista', di libertà, in termini tensivi che avrebbero segnato anche il dibattito alla Costituente e l'approdo al comma 4 dell'art. 27, con i penalisti "giuristi politici", che parevano dismettere i panni dei "giuristi tecnici"[29].

La cancellazione maturava anche grazie alla riflessione sui diritti umani, sui quali molti, al di là del "lato oscuro", hanno fondato il divieto del "diritto di uccidere"[30]. In questo orizzonte una monografia di Pietro Nuvolone nel 1945 identificava i "delitti di lesa umanità" nella violazione di diritti, innanzitutto quello alla vita, destinati a trascendere gli ordinamenti interni, perchè essenziali alla pacifica convivenza tra gli uomini e le nazioni[31]. Nella *Prolusione* di Giuliano Vassalli del Gennaio 1946 i diritti umani erano costruiti in reazione ai "delitti contro l'umanità", la cui tutela ammetteva deroghe alle legislazioni nazionali in considerazione di una "categoria nuova per la scienza giuridica contemporanea"[32]. Le pena di morte per i responsabili dei crimini di guerra introduceva un elemento di contraddizione nel discorso abolizionista; si rilevava l' "assenza di consenso in Italia" per le "condanne politiche" del processo di

a morte della resistenza italiana (8 settembre 1943 – 25 aprile 1945), a cura di Piero Malvezzi e Giovanni Pirelli

28 AC, 27 Gennaio 1944. Sul dllgt del 10 Agosto 1944 espressione del "vento della libertà" cfr. I. Mereu, *La morte come pena*, cit., p. 191.

29 Sul punto cfr. E. Cheli, *I giuristi alla Costituzione*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano*, cit., pp. 583 ss. Sulla penalistica nei lavori preparatori della Costituzione cfr. F. Palazzo, *La pena*, cit., *ibid.*, pp. 650 ss; C. Carissimi, *Ideologie penali e tecnicismo giuridico nel dibattito alla Costituente*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna 1980, pp. 441 ss; G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, cit., pp. 578 ss; M. Pisani, *La pena di morte*, cit., pp. 22 ss.

30 Sul rifiuto della pena capitale riposto nei diritti umani cfr. tra gli altri M. A. Cattaneo, *Per un diritto penale più umano*, in *Pena di morte e civiltà del diritto*, Milano 1997, pp. 3 ss; L. Ferrajoli, *Il fondamento del rifiuto della pena capitale,* in *Il diritto di uccidere*, cit., pp. 57 ss; Id., *Principia iuris*, II, *Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari 2007, pp. 322 ss. In un bilancio sul volto attuale del penale, non si può non convenire sulla persistenza della «tradizione autoritaria» e sul paradosso di nuovi "rigorismi sanzionatori" in nome della "promozione dei diritti umani"; cfr. D. Pulitanò, *Diritti umani e diritto penale*, in M. Meccarelli - P. Palchetti - C. Sotis, (curr.), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, p. 112.

31 P. Nuvolone, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Roma 1945. Sul penalista lombardo, che da subito legava il penale alla Costituzione indicazioni in M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., p. 651; S. Vinciguerra, *Nuvolone, Pietro*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp.1446-1447; E. Dezza, *La Facoltà giuridica pavese dal fascismo alla repubblica*, in M. Cavina, (cur.), *Giuristi al bivio. La Facoltà di giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, Bologna 2014, p. 67.

32 G. Vassalli, *La giustizia internazionale penale*, ora in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", (2010), pp. 15-39 su cui F. Ramacci, *In memoria di Giuliano Vassalli*, pp. 3-13. Sul giurista e politico, protagonista del Novecento penale, anche per indicazioni cfr. F. Palazzo, *Vassalli, Giuliano,* in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani,* cit., pp. 2025-2028.

Norimberga, irriducibili al modello della "giustizia a garanzia del diritto"[33]. Da un altro punto di vista Calamandrei – tra il dicembre 1943 e il dicembre 1944 autore di una densa *Prefazione* 'attualizzante' al *Dei delitti e delle pene*, intesa anche a "rimuovere le macerie" della "patria di Beccaria"[34] – risolveva il corto circuito tra legalità 'formale' e giustizia 'sostanziale' col ricorso alla memoria di Antigone e dei "milioni di martirizzati innocenti", che consentivano anche di irridere a "qualche anima bennata offesa, impietosita dinnanzi a queste forche e a questi giustiziati"[35].

La tensione a cancellare la pena di morte era comunque complicata dalle "sanzioni contro il fascismo", e contribuiva ad imporne il superamento. Nel 1946 Tommaso Fortunio – attento esegeta della complessa normativa 'antifascista', peraltro riconosciuta legittima ancorchè "eccezionale" –apprezzava l'affermarsi di un "nuovo principio, la decisiva spoliticizzazione della norma per un rapido ritorno alla vita ordinaria del diritto", premessa "al nuovo ordinamento giuridico dell'Italia democratica"[36]. Parlando alla Consulta nazionale, Bettiol definiva la "politicizzazione della giustizia", avviata dal 1944, impensabile per uno "Stato democratico"[37]. Già nell'Agosto 1944 un *Manifesto* di giuristi dai diversi orientamenti politici[38] criticava dunque la "legge fondamentale n. 159 del 27 Luglio", che in via retroattiva, sia pure con ipotesi di attenuazione e commutazione, "nei casi più gravi" prevedeva la fucilazione per gerarchi e ministri fascisti e per i collaborazionisti col tedesco invasore. Dal canto suo il guardasigilli Casati indicava nella "legge eccezionale" "il solo mezzo che l'ordinamento giuridico appresta per la piena restaurazione del regime di legalità"[39]. Organi quali l'Alta corte, le Corti di assise speciali, le sezioni speciali[40] erano

[33] G. Codacci Pisanelli, *I processi per delitti internazionali* (1946), ora anche in A. Tarantino - R. Rocco - R. Scorrano, (curr.), *Il processo di Norimberga. Scritti inediti o rari,* Milano 1999, p. 71; contro la "condanna politica, che vizia l'intero processso di Norimberga" cfr. S. Lener, *Crimini di guerra e delitti contro l'umanità*, Roma 1946, p. 63. Sui tanti temi sollevati dalla giustizia dei vincitori cfr. G. Vassalli, *Norimberga sessant'anni dopo,* in Id., *Ultimi scritti*, Milano 2007, pp. 497 ss. Sui giuristi italiani di fronte alla repressione dei crimini contro l'umanità cfr. E. De Cristofaro, *I giuristi italiani e i processi ai criminali nazisti*, in "Laboratoire italien", (2011), pp. 159 ss

[34] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* a cura di P. Calamandrei, Firenze, 1945, pp. 115 ss. Sul giurista fiorentino, protagonista centrale del Novecento giuridico cfr. ora B. Sordi, *Calamandrei, Piero,* in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 377-381.

[35] P. Calamandrei, *Le leggi di Antigone*, in "Il Ponte", (1946), p. 933.

[36] T. Fortunio, *Del fondamento giuridico delle sanzioni contro il fascismo,* in *La legislazione definitiva sulle sanzioni contro il fascismo. Delitti fascisti, epurazione, avocazione, Commento, dottrina, giurisprudenza*, Roma 1946, pp. 19-20.

[37] *Lavori della Consulta sulle modificazioni da apportare alla legislazione in tema di delitti fascisti*, in "Archivio penale", (1946), pp. 233-234.

[38] S. Lener, *Diritto e politica nelle sanzioni contro il fascismo e nell'epurazione dell'amministrazione*, Roma 1946, pp. 89-90.

[39] T. Fortunio, *Del fondamento giuridico*, cit., p. 7. Sulla genesi ed i contenuti delle sanzioni contro il fascismo, in linea col "destroy the fascism" degli Alleati, cfr. per tutti E. Gallo, *Giustizia e Resistenza,* in E. Collotti – R. Sandri – F. Sessi, (curr.), *Dizionario della Resistenza*, Torino 2001, pp. 687 ss.

[40] Sul contraddittorio mosaico degli organi preposti alla giustizia di transizione cfr. ancora R. Ferrari Zumbini, *Di alcune singolarità giurisdizionali durante l'ordinamento provvisorio (1943-1947)*, in "Rivista di storia del diritto italiano", (1988), pp. 189 ss.

intesi anche a sostituirsi alla giustizia dei CLN e a quella "sommaria"[41]. Il dllgt 22 Aprile 1945 ribadiva la previsione della pena di morte nei "casi più gravi" di delitti contro la difesa militare dello Stato e per gli atti di guerra a fianco del tedesco invasore, a definire la complessa fattispecie del "collaborazionismo"[42]. Il 12 Luglio 1945 il Commissario capo della Commissione alleata discuteva col presidente del Consiglio, Parri, dei ritardi delle esecuzioni dei criminali fascisti, sospese in attesa della grazia, dopo il rigetto della Cassazione[43]; sarebbe rimasto imprecisato il numero preciso delle sentenze capitali eseguite, l'ultima il 5 Aprile 1947[44].

Nella stagione della 'Costituzione provvisoria' il discorso abolizionista era reso più difficile dall'enorme aumento della criminalità, politica e comune, anche rispetto ai primi anni di guerra. Dilagavano 'bande di sbandati', dedite a reciproche 'rese di conti', omicidi, rapine, sequestri, estorsioni[45], che parevano una minaccia per il fragile assetto del paese. Destavano inoltre scalpore alcuni clamorosi delitti individuali passionali – dal caso della "saponificatrice di Correggio"[46] a quello di Rita Fort, che nel 1946 assassinava a Milano moglie e tre bambini dell'amante[47] – alla ribalta di "grandi processi"[48]. Pur in questo difficile contesto, l'abolizione – con 'eccezioni' o 'senza se senza ma' – era percepita dal mondo politico come questione che implicava la differenza tra il fascismo e la democrazia. Al tempo stesso il dibattito in seno all'Assemblea Costituente poggiava sul rapporto regola/eccezione, quasi a voler lasciare una porta aperta per eventuali leggi 'marziali', magari imposte – nelle parole di Leone – da un "bisogno di popolo"[49].

---

41 Indicazioni in C. Pavone, *Una guerra civile. Saggio sulla moralità della Resistenza*, Torino 1996, particolarmente pp. 449 ss; G. Crainz, *La giustizia sommaria in Italia dopo la seconda guerra mondiale*, in M. Flores, (cur.), *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, Milano 2001, pp.162 ss.

42 Cfr. P. Nuvolone, *Il collaborazionismo punibile* (1946), ora in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, 1969, pp. 1117 ss; G. Vassalli, *Il collaborazionismo col tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, in G. Vassalli-G. Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Diritto materiale, diritto processuale, testi legislativi,* Milano 1947*,* pp. 263 ss.

43 Indicazioni di fonti in F. Scalambrini, *I guardasigilli comunisti Togliatti e Gullo: sanzioni contro il fascismo e processo alla Resistenza*, in *La grande cesura*, cit., pp. 336 ss.

44 "Globalmente le condanne alla pena capitale comminate in primo grado sono stimabili tra le 500 e le 550 delle quali 91 eseguite, pari a circa il 18% del totale. Sulla non esecuzione delle condanne a morte influiscono efficacemente tre poteri: la Commissione alleata, il ministero di Grazia e Giustizia (che può agire autonomamente o dietro sollecitazione anglostatunitense) e la Corte di Cassazione"; così M. Dondi, *La lunga liberazione,* cit., pp. 49 ss; cenni sull'incertezza dei dati sulle esecuzioni in G. Neppi Modona, *La giustizia in Italia*, cit., p. 279; G. Tessitore, *La pena di morte in Italia*, cit., p. 572; sull'ultima esecuzione cfr. V. Marangione - T. Trani, *Polizia e cittadini nella Resistenza,* La Spezia 2014.

45 Dai 940 omicidi volontari nel 1940 si passava agli 11.330 nel 1945; indicazioni sui dati dell'Istituto di statistica in R. Canosa, *Storia della criminalità in Italia,* Torino 1991, pp. 124 ss; in generale Id., *Storia della criminalità in Italia dal 1946 ad oggi*, Milano 1995, pp. 13 ss.

46 A. Balloni - R. Bisi - C. Monti, (curr.), *Soda caustica, allume di rocca e pece greca. Il caso Cianciulli*, Bologna 2010.

47 D. Buzzati, *Il delitto di Rita Fort*, ora in O. Del Buono, (cur), *Cronache nere*, Roma-Napoli 1989, pp. 16 ss.

48 Indicazioni anche in I. Pezzini, *La figura criminale nella letteratura, nel cinema, nella televisione*, in *Storia d'Italia*, *Annali*, XII, cit., pp. 65 ss; P. M. Fasanotti - V. Gandus, *Mambo italiano. Tre lustri di fatti e misfatti. 1945-1960*, Milano 2000.

49 AC, 17 Settembre 1946.

Il tema/problema della pena di morte era legato anche al senso dello *ius puniendi* e al dilemma sul codice, che il legislatore intendeva 'defascistizzare'. Sull'idea di un testo modellato su quello del 1889, perchè liberale – per riallacciare le fila dal Risorgimento all'Italia liberata – grazie alla penalistica si imponeva l'opzione del codice Rocco 'epurato'; anche Calamandrei sosteneva che la "disinfezione" del sistema penale poteva esser praticata con "leggi speciali", come "quelle che hanno cancellato la pena di morte, o che hanno già riformato, col ritorno alla giuria popolare, la costituzione delle corti d'assise"[50]. L'abolizione della fucilazione consentiva insomma la sopravvivenza del codice del 1930, aspetto non secondario del tema forte della continuità dello Stato, pur "depurato dalle incrostazioni del passato regime"[51]. Nelle parole del penalista Delogu – relatore della Commissione incaricata nell'estate 1945 dal guardasigilli Tupini della "defascistizzazione dei codici" – la pena di morte era stata "imposta per motivi politici ai compilatori", ma non rispondeva al "sentimento giuridico italiano". Il penalista sardo osservava poi che il decreto del 10 Agosto 1944 lasciava aperto il dilemma "soppressa o applicabile" in relazione ai codici militari e ad alcune leggi "eccezionali", tra queste le *Sanzioni contro il fascismo*; concludeva "sembra logico colmare la lacuna abolendo espressamente la pena di morte anche per i reati in queste previsti". Al tempo stesso poneva al legislatore la questione cruciale della difesa della democrazia: "può capitare benissimo che uno Stato democratico attui una politica criminale forte perchè ritiene che questo soddisfi alla necessità di raggiungere il bene comune. L'esame di molte legislazioni penali in paesi decisamente democratici può essere molto istruttivo in proposito"[52].

Da un altro punto di vista l'abolizione doveva cambiare rispetto al passato il rapporto tra cittadini ed autorità, proprio nell'acuirsi del conflitto politico e sociale. Davanti alle bare di alcuni disoccupati, "fucilati" per aver tentato di rientrare in fabbrica, nel 1950 Calamandrei scriveva di un art. 27 che pareva "scritto per i giudici e non per le forze di polizia"; chiedeva al governo di un paese che si voleva democratico, per aver cancellato la fucilazione nella Costituzione, di evitare il ricorso alla "pena di morte preventiva"[53]. La densa espressione nel 1976 era ripresa dai senatori Dante Rossi, Branca e Galante Garrone nella proposta di abolizione di alcune "norme restrittive dei diritti dei cittadini"; si dimostrava che la legge Reale, oltre che "liberticida", aveva aumentato "il numero dei morti per mano della polizia e fra le file stesse della polizia"[54]. Le difficili battaglie di razionalità penale, ingaggiate da giuristi ed

[50] Così nel Marzo 1945 P. Calamandrei, *Sulla riforma dei codici*, in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze 1995, pp. 64 ss.

[51] Così P. Costa, *Il problema del potere costituente*, in F. Bambi, (cur.), *Un secolo per la Costituzione (1848-1948) concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, Sesto fiorentino 2012, p. 126.

[52] T. Delogu, *Relazione*, in *Istituto italiano per gli studi legislativi, Defascistizzazione e riforma dei codici e dell'ordinamento giudiziario. Corte di giustizia costituzionale. Riforma del codice penale Parte generale del codice*, Roma 1946, p. 251; analogamente T. Delogu, *L'elemento politico nel codice penale*, in "Archivio Penale", (1946), p. 161. Sul penalista sardo cfr. E. R. Belfiore, *Delogu, Tancredi, Tullio*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 755-756. Ricostruisce la vicenda della mancata sostituzione del codice del 1930, protagonisti i penalisti, disposti a togliere quella che Delogu chiamava la patina fascista, ma non a rinunziare al codice Rocco, opera della scienza più che della politica L. Lacchè, *«Sistemare il terreno e sgombrare le macerie»*, cit., pp. 271 ss.

[53] Editoriale, *Pena di morte preventiva*, in "Il Ponte", (1950), pp. 113-115.

[54] Atti Parlamentari, *Senato*, 1976, *Disegno di legge, Abrogazione di norme restrittive dei diritti dei cittadini,* n.

intellettuali 'negli anni di piombo', poggiavano anche sull'argomento *civile* – ricordato da Rossana Rossanda – "in Italia non esiste la pena di morte"[55]. Sia pure con un contraddittorio pendolarismo legislativo in tema di ordinamento penitenziario[56], l'articolo 27 faceva anche radicare l'idea di una pena ove l'afflizione non fosse fine a sè stessa, principio ribadito soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale in tema di "funzione rieducativa"[57], che, come è noto, non ha potuto evitare il fallimento del carcere come strumento correzionale, nè, più drammaticamente, cambiare il destino dei "morti di pena"[58].

3 «L'inflazione di decreti particolari»

Il dllgt 10 Agosto 1944 n. 244 nasceva nel segno dell'incertezza, con i guardasigilli dei primi governi dell'Italia liberata motori della serrata e non poco contraddittoria produzione legislativa. Il 5 Aprile Casati comunicava a Badoglio che Radio Roma aveva annunziato la decisione del Ministero di abolire la pena di morte, senza che la disposizione fosse contenuta nella *Gazzetta ufficiale*. Dati i processi pendenti presso le Assise, Casati proponeva di procedere all'abolizione; argomentava che il legislatore fascista nel 1926 aveva reintrodotto la sanzione "in omaggio ad una esigenza puramente politica", in spregio alla "civile tradizione che costituiva particolare vanto della scuola giuridica italiana", da Beccaria al codice Zanardelli, e che era pertanto necessario "tornare anche in questo all'antico"[59]. Caduto il primo gabinetto Badoglio, il guardasigilli, Vincenzo Arangio Ruiz, riteneva invece "inopportuno" un provvedimento di abolizione, dal momento che "due terzi del territorio nazionale"

205.

[55] A commento dell'uccisione ad opera della polizia dello studente Francesco Lorusso a Bologna cfr. l'*Editoriale* su "Il Manifesto", 12 Marzo 1977. Sulla riflessione in tema di ordine e libertà al «tempo dell'emergenza e del garantismo» indicazioni in F. Colao, *Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano 2013, pp. 159-214.

[56] Indicazioni sulla riforma del 1975 – intesa ad ovviare all'uso del carcere come strumento di politica criminale – sugli opposti provvedimenti degli 'anni di piombo', sulla legge Gozzini in G. Neppi Modona, *Crisi del carcere e incertezza della pena,* in P. Ginsborg, (cur.), *Stato dell'Italia*, Milano 1994, pp. 530 ss. Indicazioni sulla presa d'atto di una perenne crisi della pena anche in M. Pavarini, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, in U. Curi – M. Palombarini, (curr.), *Il diritto penale minimo*, Bologna 2003, pp. 256 ss.

[57] Indicazioni in P. Veronesi, *All'incrocio tra 'revisione', 'applicazione' e 'attuazione costituzionale: verso un diritto sempre più 'a misura d'uomo'?*, in G. Brunelli - G. Cazzetta, (curr.), *Dalla Costituzione 'inattuata' alla Costituzione 'inattuale? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana,* Milano 2013, p. 302; R. Bin, *Una Costituzione applicata ma non attuata, ibid.,* pp. 325 ss; G. Frigo, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, Milano 2013, pp. 143 ss.

[58] Cfr. i dati riportati da A. Pugiotto, *Nessuno tocchi Caino, mai,* cit., p. 57. Di recente cfr. L. Mangoni-V. Calderone, *Quando hanno aperto la cella. Storie di corpi offesi. Da Pinelli a Uva, da Aldrovandi al processo per Stefano Cucchi*, Prefazioni di G. Zagrebelsky e A.Bergonzoni. Con una lettera di Ilaria Cucchi, Milano 2103.

[59] *Verbali dei Consigli dei ministri,* cit., p. 318; II, pp. 30 ss.

erano occupati da un "governo illegale". Per il giurista napoletano i "volontari complici della ribellione fascista" dovevano sapere di "incorrere a suo tempo nella giusta sanzione dei loro misfatti"[60].

Nella seduta del Consiglio dei ministri del 28 Luglio 1944, presieduto da Bonomi, Tupini presentava uno schema di riforma penale. La *Relazione* definiva la legge di difesa dello Stato e lo "sproporzionato inasprimento di pene" del codice del 1930 come una "grave deviazione" rispetto alla "nostra più sicura tradizione giuridica". Il "rinnovato clima spirituale del popolo italiano" pareva imporre un nuovo ordinamento, espressione della "nostra più sicura tradizione giuridica, interrotta dal codice del 1930". Nella "attesa" Tupini diceva "opportuno riaffermare senza indugio le tradizioni del pensiero giuridico italiano, sopprimendo nella nostra legislazione generale la pena di morte". Insisteva sul "primato del grande italiano Cesare Beccaria", capace di far radicare l'idea abolizionista nella "coscienza popolare", per cui il codice del 1889 aveva "consacrato il sentimento generale". L'abolizione era presentata come una "affermazione di principio"; al tempo stesso il guardasigilli sottolineava che la pena capitale restava nei codici penali militari e nella "legge sulla repressione dei delitti fascisti"; quella "necessità di giustizia, reclamata dal popolo italiano", soprattutto per il carattere retroattivo era però definita da Tupini "eccezionale". Il Consiglio dei ministri si divideva tra favorevoli ad un rinvio e fautori dell'abolizione, tra questi ultimi, oltre a Tupini, De Gasperi, Togliatti, Saragat, Gronchi, Gullo, Casati. Il guardasigilli presentava il testo – pubblicato il 10 Agosto 1944 – come una prima immediata riforma *liberale* del codice penale *fascista,* destinata a "trovare la più completa attuazione col cessare dello stato di guerra e le condizioni di carattere generale che ad esso si ricollegano"[61]. In questo orizzonte il dllgt 14 Settembre 1944 reintroduceva le attenuanti generiche – abolite dal codice Rocco – con significative ricadute in termini di commutazione[62]; si varavano importanti disposizioni garantiste in materia di processo penale[63]; ma ben presto, come è noto, sulla tesi della "riforma totale" della codificazione del 1930 avrebbe preso il "sopravvento quella della riforma parziale"[64].

Le *Disposizioni penali di carattere straordinario* del 10 Maggio 1945 – presentate da Bonomi, con l'opposizione di Rodinò – all'art. 1 disponevano la reclusione non inferiore a vent'anni, e, nei casi più gravi, l'ergastolo e la morte, per il reato di rapina a mano armata, commessa da più persone riunite e in circostanze da ostacolare la pubblica o privata difesa, e per sottrarre mezzi di trasporto e beni destinati al pubblico consumo o all'efficienza economica o militare dello Stato. Alle stesse pene erano sottoposti i "capi e sovventitori" di bande armate al fine di compiere reati contro la proprietà; il solo fatto della partecipazione era punito con la reclusione da sei a ventiquattro anni. Di contro al principio di naturalità e precostituzione del giudice si

[60] Ivi, II, pp. 30-31**.** Sul romanista indicazioni in A. Mantello, *Arangio Ruiz, Vincenzo*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 91 ss.

[61] *Verbali dei Consigli dei ministri,* cit., III, pp. 68, 80 ss., 94.

[62] V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, Torino 1948, II, pp. 166 ss.

[63] Cfr. R. Orlandi, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, cit., p. 59.

[64] G. Conso, *Il lungo e laborioso cammino verso un nuovo codice di procedura penale*, in Id., *Costituzione e processo penale: dodici anni di pagine sparse*, Milano 1969, p. 6; G. Vassalli, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, ora in Id., *Ultimi scritti*, cit., p. 47.

prevedeva che il giudizio sulle persone arrestate in flagranza fosse svolto davanti ad un tribunale militare straordinario, a norma del codice militare di guerra; non era previsto nessun diritto di impugnazione in Cassazione. La *Relazione* indicava il carattere "straordinario e temporaneo del provvedimento"[65].

Una circolare del guardasigilli Togliatti ai primi presidenti e procuratori generali di Corti di appello sottolineava l'esigenza di reprimere con maggiore efficacia il "dilagare di forme di delinquenza estremamente pericolosa per l'ordine pubblico, quali la rapina commessa con armi da più persone riunite", o gli atti di devastazione e saccheggio a danno di edifici pubblici in occasione di manifestazioni di protesta di reduci e disoccupati, "istigati da provocatori e delinquenti comuni". Era di analogo tenore la circolare del ministro dell'Interno, il socialista Romita, ai prefetti, chiamati a rivolgere alle competenti autorità giudiziarie "vivissime premure perché procedano per direttissima in modo da colpire i responsabili con condanne esemplari"[66].

Il decreto legislativo del capo provvisorio dello Stato 2 Agosto 1946 riformulava l'art. 1 delle *Disposizioni penali di carattere straordinario*, "i delitti di rapina, estorsione e di sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, qualora siano commessi o con armi o profittando di circostanze di tempo, di luogo, o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa, o comunque, con modalità di esecuzione tale da suscitare particolare allarme, sono puniti con la reclusione da venti a trenta anni e nei casi più gravi con l'ergastolo o con la morte". La *Relazione* non nascondeva che il solo "inasprimento delle pene" non poteva essere un "argine" per le rapine e i sequestri, che dilagavano in Sicilia e in Sardegna; indicava la necessità di "adeguate misure di carattere preventivo con una vasta attività di polizia e con la rimozione delle cause economiche che alimentano la criminalità"[67].

Nonostante la ripetuta statuizione circa il carattere temporaneo delle *Disposizioni penali di carattere straordinario*, mentre alla Costituente si affermava il principio abolizionista, il decreto 14 Aprile 1947 n. 192 del capo provvisorio dello Stato prorogava le leggi speciali, che prevedevano la pena di morte, fino al 14 Aprile 1948[68]. Tra i pochi interventi dedicati specificatamente al tema, nel 1945 Gaetano Foschini – magistrato e dal 1951 docente di procedura penale – osservava che essa non era stata abolita "nè completamente, nè forse definitivamente", e che già si levavano "voci" di ripristino per "la repressione dei delitti politici e del brigantaggio". Il giurista napoletano premetteva di non essere nè pro nè contro, piuttosto fautore di una "più esatta disciplina"; smentiva inoltre l'assunto del legislatore circa il carattere squisitamente fascista dell'istituto, con l'esempio delle "grandi democrazie, America, Inghilterra, Russia, Francia", e di "quasi tutti, se non tutti, i paesi del mondo". La pena di morte appariva priva di senso per il parricida, ma utile a "intimidire la massa", come risposta alle "ondate di criminalità", le violenze e rapine "in Sicilia e nella Capitale", ma anche la diffusa "corruzione". Foschini proponeva comunque di includere nel codice penale non la pena di morte, ma la previsione di uno "stato d'eccezione penale", che potesse essere dichiarato dall' esecutivo, dal Parlamento e dall' "ordine

[65] *Verbali del Consiglio dei ministri*, cit., IV, pp. 696 ss.

[66] Indicazioni di fonti in G. Neppi Modona, *La giustizia in Italia*, cit., p. 242.

[67] *Verbali del Consiglio dei ministri*, cit , VII, 1, pp. 28 ss.

[68] Ivi,VIII, p. 461.

giudiziario"[69].

"Nel sole della Liberazione" *La Giustizia penale* riprendeva invece le pubblicazioni rivendicando di aver contrastato anche durante il regime le "estese applicazioni della pena di morte". Il condirettore Giulio Andrea Belloni – penalista formatosi con Ferri, attivo nella riorganizzazione clandestina del partito repubblicano – definiva la pena capitale un'arma spuntata contro la particolare criminalità di guerra e dopoguerra[70]. Riprendeva quest'argomento Ernesto Pietriboni – avvocato antifascista, vicepresidente della Consulta nazionale, parlamentare – che ne tematizzava l'inefficacia per la delinquenza politica – "le stragi fratricide" – come per quella "comune, comunissima". Sosteneva inoltre che per gli "eccitamenti separatisti", minaccia per la democrazia, non sarebbero bastati "norme speciali o rincrudimenti di pene"[71], introdotti invece dalle *Disposizioni penali di carattere straordinario* per le bande armate. Nelle ultime grida dei fucilati il 5 Marzo 1947 per rapina, strage e occultamento dei cadaveri delle vittime nella cascina di Villarbasse – "Viva la Sicilia, viva Finocchiaro Aprile" – la cronaca leggeva anche la repressione dei tentativi secessionisti, legati al banditismo nell'isola[72]; nel 1949 il Ministero dell'Interno avrebbe considerato l'opportunità di ripristinare la pena capitale per i latitanti omicidi in Sicilia[73]. Anche una nota a sentenza affrontava la "tragicità della materia": il 4 Giugno 1946 la Cassazione aveva dichiarato inammissibile il ricorso del latitante condannato a morte, chiamato a costituirsi; Giulio Battaglini argomentava che la "interpretazione del giudice" avrebbe dovuto tener conto delle "mutate idee generali", e che la Corte avrebbe dovuto decidere *pro reo* di fronte a chi rischiava una pena che "ripugna alla coscienza"[74].

L' "amnistia politica"[75] detta Togliatti oltre a consentire alla magistratura di commutare le sentenze capitali, faceva radicare l'istanza per una più generale mitigazione delle pene, colta da Vassalli in continuità con la giurisprudenza, che, "nella

[69] G. Foschini, *La pena di morte*, in "Archivio penale", (1945), pp. 284 ss. Sul processualpenalista cfr. I. Rosoni, *Foschini, Gaetano jr.*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., p. 894.

[70] *Ripresa*, in "La giustizia penale", (1945), col. 1; G. A. Belloni, *Repubblica italiana, ibid.*, col. 178; Id., *Criminalità di guerra*, *ibid.*, coll. 1 ss. Su Belloni, autore nel 1943 di *Criminalità e penalità* indicazioni in F. Migliorino, *Belloni, Giulio Andrea*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., p. 209.

[71] E. Pietriboni, *Questa delinquenza di dopoguerra*, in "Rivista penale", (1946), pp. 1316 ss.

[72] Sul caso celebre degli ultimi condannati a morte per strage, rapina e occultamento di cadavere cfr. G.F. Venè, *Quelli di Villarbasse. Gli ultimi giustiziati in Italia*, Milano 1984.

[73] Cfr. le fonti archivistiche indicate da C. Poesio, «*Pericolo pubblico*» *e cultura della prevenzione nell'Italia repubblicana. Il confino di polizia dal 1945 al 1973*, in "Quellen und Forschung italienischen Archiven und Biblioteken", (2012), p. 551.

[74] G. Battaglini, *La latitanza del condannato a morte*, in "Rivista Penale", (1947), p. 802 ss. Sul penalista toscano cfr. S. Canestrari, *Battaglini, Giulio*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., p. 196.

[75] G. Sabatini, *L'amnistia politica,* in G. Vassalli-G. Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Diritto materiale, diritto processuale, testi legislativi,* Milano 1947, pp. 521 ss. Sulle circolari esplicative indicazioni in G. Neppi Modona, *La giustizia in Italia*, cit., p. 244 ss. Da ultima, anche per indicazioni della cospicua bibliografia su un provvedimento irriducibile a mero "colpo di spugna" ed occasione di "mancato processo ai fascisti", ma che tale è stato da subito percepito, cfr. C. Nubola, *I provvedimenti di clemenza nei confronti dei "collaborazionisti"*, in *La giustizia di transizione come problema storiografico*, cit., pp. 319 ss.

sua evoluzione cronologica", dalla Liberazione andava segnando un "progressivo passaggio da criteri di maggior rigore a criteri di equità e più ancora di larghezza"[76]. Nelle vesti di avvocato difensore in un processo celebre, dipanatosi dal 1946 al 1953, Francesco Carnelutti avrebbe fotografato quella stagione, e riconsiderato il suo punto di vista sulla pena di morte: "sul principio di trattò soprattutto di salvare a Graziani la testa, al che è servito un temporeggiare, che ci permise di raggiungere il primo traguardo ritardando il dibattimento fino a quando non fu emanato il decreto che abolì la pena di morte; un risultato provvido non solo per Graziani, ma, ancor più, per il nuovo Stato italiano, poichè in ogni caso la condanna a morte anzichè un atto di giustizia è un delitto"[77].

Tra i tanti problemi legati alla giustizia di transizione, il pendolarismo legislativo pareva disorientare l'opinione pubblica più di altri, come osservava il *Corriere della Sera*: "abbiamo avuto […] l'abolizione della pena di morte per reati comuni nell'anno 1944 (quando si era in piena guerra !) e il suo ristabilimento nel maggio 1945 a guerra finita con la naturale conseguenza che nessuno l'ha applicata"[78]. In termini non lontani, a pochi giorni dalle ultime esecuzioni, il 26 Marzo 1947 Bettiol chiedeva alla Costituente una scelta chiara, onde evitare, per il futuro, l' "inflazione di decreti particolari, per i quali, dopo che nel 1944 fu abolita la pena di morte, essa è stata nuovamente introdotta tre o quattro volte"[79].

4. Il «grande e lugubre argomento» all'Assemblea Costituente

All'Assemblea costituente il dibattito approdato al quarto comma dell'art. 27 poggiava sull'istanza *politica* della "defascistizzazione". Di pena di morte si parlava in sedute diverse ed in misura minore rispetto alla materia processuale; lo stesso art. 27 al comma 2 riconosceva il principio di non colpevolezza a garanzia del detenuto in attesa di giudizio, demandando alla legge di stabilire i limiti massimi di carcerazione preventiva, in un perenne campo di tensione con le esigenze del processo penale[80]. Il 15 Giugno 1946 il membro della I Sottocommissione Problemi costituzionali, Gaetano Azzariti – a suo tempo presidente del Tribunale della razza, poi consulente del guardasigilli Togliatti – manifestava il dubbio sull'opportunità di inserire la soppressione in una norma costituzionale. Severi si pronunziava per l'esclusione per i reati politici; Piga ribadiva la necessità di una "reazione agli abusi del passato regime";

[76] G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, in G. Vassalli-G. Sabatini, *Il collaborazionismo,* cit. p. 414.

[77] F. Carnelutti, *Il processo*, in Id., *Controvento*, Napoli 1962, p. 146. Di Carnelutti, abolizionista nel processo Graziani, ricorda l' "esercizio di alta acrobazia giuridica, in un articolo del 1931 (*La pena di morte nel diritto pubblico*), dove cercherà di dimostrare che la pena di morte non era che un'espropriazione per pubblica utilità. E' la vetta più alta toccata dal tecnicismo giuridico e dall'abiezione civile" I. Mereu, *La morte come pena*, cit., p. 191. Anche per indicazioni sul grande e versatile giurista friulano cfr. M. Orlandi, *Carnelutti, Francesco*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 455-459.

[78] *Giustizia popolare*, in "Il Corriere della sera", 3 Agosto 1946.

[79] AC, 26 Marzo 1947.

[80] Anche per indicazioni di recente cfr. E. Marzaduri, *La prassi applicativa delle disposizioni della custodia cautelare ed i sofferti rapporti con la garanzia sancita dall'art. 27 comma 2 cost.*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, cit., pp. 265 ss

Azzariti concludeva che, nel caso, l'abolizione avrebbe dovuto investire anche i codici militari. Si imponeva a maggioranza l'esclusione dello spinoso argomento dalla Costituzione[81]. La questione era impostata in altri termini nella seduta del 12 Dicembre 1946, dedicata all'assetto del potere giudiziario e della Corte costituzionale. L 'articolo 25 del *Progetto* Patricolo, (Uomo qualunque), recitava "nessun cittadino può essere punito con la pena capitale, se non durante lo stato di guerra e quegli stati di emergenza nei quali vige la legge marziale". L'art. 9 del *Progetto* Calamandrei formulava "la pena di morte è abolita e non potrà essere ristabilita neanche per legge, al di fuori dei casi in cui sia chiesto lo stato di pericolo pubblico o lo stato di guerra secondo le disposizioni della presente Costituzione".

Il relatore Leone premetteva di esser stato sempre contrario alla pena di morte; ma argomentava anche che, dopo "la legge Tupini", si era dovuto disporne il ripristino per alcuni gravissimi delitti. Proponeva pertanto di consentire "allo Stato" il potere di adottarla 'eccezionalmente', mediante legge votata a maggioranza parlamentare qualificata, in modo di non dovere poi procedere ad una revisione della Costituzione. Ancorava inoltre il tema della pena capitale al superamento della legislazione eccezionale, col suggerire una norma transitoria, con validità retroattiva, diretta ad instaurare una forma straordinaria di impugnazione per le sentenze emanate dalle giurisdizioni speciali o straordinarie, al momento ancora esistenti ed operanti senza alcun controllo della Corte di Cassazione. Ricordava al proposito che il Capo provvisorio dello Stato, De Nicola, aveva commutato in ergastolo la pena capitale irrogata da uno dei Tribunali militari speciali, dal momento che "la sua coscienza di giurista si è ribellata all 'eccezionalità della procedura". Al testo di Calamandrei Leone presentava inoltre un significativo emendamento, non approvato: "La pena di morte potrà essere statuita solo con legge votata a maggioranza qualificata *(da stabilirsi),* tranne che per i reati politici". Veniva invece approvata la formulazione "la pena di morte è abolita"[82].

Il 19 Settembre 1946 la prima Sottocommissione – libertà civili e politiche – esaminava la proposta dei relatori Basso (PSIUP-PSI) e La Pira (DC), "le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo. La pena di morte non è ammessa se non nei codici penali militari di guerra. Non possono istituirsi pene crudeli nè irrogarsi sanzioni collettive". Il penalista Aldo Moro – protagonista della definizione del principio personalistico e dell'idea di Costituzione antifascista dopo la "lunga oppressione dei valori della personalità umana" – riformulava il testo in discussione: "non possono istituirsi pene crudeli e le sanzioni devono tendere alla rieducazione del condannato"; da qui, nella produzione didattica e scientifica a venire, la costante opposizione alle massime pene, morte ed ergastolo[83]. Si pronunziavano per la

[81] Ministero per la Costituente, *Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato,* in G. D'Alessio, (cur.), *Alle origini della Costituzione italiana,* Bologna 1979, p. 676. Su Azzariti indicazioni in A. Meniconi, *Azzariti Gaetano*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 135-136; Ead., *La magistratura e la politica della giustizia durante il fascismo attraverso alle strutture del ministero della Giustizia*, in *Il diritto del Duce,* cit., pp. 90-91.

[82] AC, 12 Dicembre 1946.

[83] Cfr. ora A. Moro, *Sui principi fondamentali*, in Id., *Discorsi politici*, a cura di G. Rossini, Roma 1982, I,pp. 1-11; A. Moro, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, a cura di F. Tritto, Bari 2005, pp. 121 ss. Sul giurista e politico per indicazioni cfr. ora S. Lorusso, *Moro, Aldo*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani,* cit., pp. 1379-1381.

soppressione senza eccezioni l'avvocato Pietro Mancini (PSI) e Tupini; Basso ricordava che anche La Pira aveva avuto analogo intendimento, ma si era addivenuti alla formula per evitare, una volta riformati i codici militari, di introdurre una modifica alla Costituzione. Sul punto conveniva l'avvocato Mario Cevolotto (PDL), mentre l'avvocato Giovanni Lombardi (PSI) proponeva di prevederne l'applicazione anche nei confronti dei "delinquenti tipici, non costituzionali ma atavici". Nella seduta in cui si affermavano i principi di stretta legalità e irretroattività della legge penale, Togliatti si pronunziava per l'abolizione, salvo che nei casi previsti delle leggi militari, "perchè vi possono essere delle guerre giuste che si devono combattere ed allora, in caso di guerra, è necessario che la pena di morte sia prevista"[84]. Il 12 Dicembre la seconda Sezione della seconda Sottocommissione approvava questo testo: "La pena di morte è abolita e non potrà essere ristabilita neanche per legge, all 'infuori dei casi in cui sia dichiarato lo stato di pericolo pubblico o lo stato di guerra, secondo le disposizioni della presente Costituzione".

Il 25 Gennaio 1947 la Commissione dei Settantacinque discuteva un emendamento dei comunisti Terracini e Nobile, che, pur legato all'istanza di un abbassamento della durata delle pene detentive, ammetteva la pena di morte nei codici penali militari di guerra "ed eccezionalmente per i reati comuni nei casi di omicidi efferati che sollevino la pubblica indignazione". Lussu proponeva che il tema complesso del sistema sanzionatorio, da ricomprendere nel codice, fosse rinviato al futuro "legislatore penale"; Tupini ricordava invece di aver voluto l'abolizione come momento più alto e significativo del "governo libero". Quest'ultimo punto era sviluppato da Paolo Rossi, che ricordava la storia, con la pena di morte abolita quando in Italia si era aperto "uno spiraglio di libertà", e ristabilita a seguito delle "reazioni seguite". Rossi sosteneva che la "prima Costituzione repubblicana italiana" dovesse "ripudiare" l'istituto, confinandolo nel solo diritto penale militare di guerra. Si diceva convinto che, in questo modo, la questione non sarebbe stata più discussa nell' "Italia democratica"[85]. Bettiol opponeva a Rossi e al suo "bellissimo libro" del 1932 che il "problema del grande e lugubre argomento era insoluto e forse insolubile"; in nome delle "ceneri ancora calde dei milioni nei crematori", il penalista chiedeva che l' "eccezione per casi eccezionali", prevista anche da Beccaria, fosse limitata ai "casi veramente eccezionali per quanto riguarda le leggi militari di guerra".

L'avvocato Amerigo Crispo (UDN) ricordava che l'art. 4 della legge vaticana del 1929 contemplava la pena di morte, e che l'abolizione avrebbe segnato un contrasto tra la Costituzione e i Patti lateranensi; Tupini ribatteva che la Santa sede applicava il codice Zanardelli. Anche il processualpenalista Bellavista (UDN) rendeva omaggio a Rossi e al suo "libro coraggioso"; tra gli applausi introduceva nella discussione il tema dell'incivilimento del diritto di guerra. Sosteneva che il principio della responsabilità penale personale dovesse essere esteso anche alle leggi militari, che, pur nella "eccezionalità", dovevano bandire la "consuetudine criminale della decimazione", e

[84] 19 Settembre 1946. Sui protagonisti di quel dibattito indicazioni in D. Ippolito, *Basso, Lelio*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 193-194; A. Mattone, *La Pira, Giorgio, ibid.*, pp. 1130-1133. Sull'avvocato Mario Cevolotto, impegnato nella Resistenza romana, ministro nei governi di transizione cfr. L. Lacchè, *«Sistemare il terreno e sgombrare le macerie»*, cit., p. 275.

[85] AC, 25 Gennaio 1947.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 24

ridurre "la possibilità di errori giudiziari attraverso la garanzia di un regolare giudizio". Leone da un lato conveniva con Rossi e Tupini che la fucilazione era "compagna di tutti i regimi autoritari"; dall'altro ripeteva la sua "personalissima riserva di politica criminale", il ripristino per una eventuale "necessità di governo", come occorso di recente per le rapine ed omicidi ad opera di bande armate. Ricordava che l'esecutivo si avviava a prorogare quelle norme eccezionali, e si chiedeva, retoricamente, perché si dovesse impedire al legislatore di "esaminare il problema attraverso la Carta costituzionale", "se sorgesse questa necessità, questo bisogno di popolo". Al tempo stesso auspicava che l'Italia, "risorgendo spiritualmente", non avesse più bisogno di "tali misure tremende di prevenzione e di repressione"[86].

Molti opponevano a Leone che prevedere la facoltà per il governo di ricorrere al ripristino avrebbe finito per vanificare l'abolizione. L'avvocato azionista Pietro Mastino – deputato nel 1919 – criticava gli argomenti di Leone, da un lato fautore di un provvedimento per la riparazione degli errori giudiziari, dall'altro disposto a tener aperta una porta alla pena irreparabile; contestava una qualsiasi "linea amletica". Anche l'avvocato liberale Pietro Fusco – subentrato a Giovanni Amendola nella XVI legislatura – dichiarava di dissentire dall'opinione dell' "illustre amico e valoroso penalista, on. Giovanni Leone". Motivava la scelta abolizionista in nome della tutela della "persona umana, voluta dal creatore, che deve morire quando è destinato che muoia: non un momento prima". Affermava inoltre di non credere nelle "ragioni di carattere dottrinario", le voci del passato, Beccaria, e del presente, Rossi, quanto sull'"esperimento nel periodo fascista"; ricordava infatti il piombo riservato a chi aveva avuto solo l'intenzione di uccidere Mussolini, il caso della drammatica incertezza del funzionario su quale degli assassini di Caltanissetta il duce avesse disposto di dover graziare. A proposito delle leggi marziali Fusco argomentava che proprio in tempo di guerra era più "pericolosa la condanna a morte", e mostrava il "paradosso" del risparmiare il parricida, e fucilare il soldato colpevole di insubordinazione con vie di fatto verso il superiore[87].

L'avvocato Dante Veroni (DC) – nei radicali alla Camera nel 1909 e 1913, caduto il fascismo collaboratore dei guardasigilli Tupini e Togliatti – allargava il tema del fine della pena, ancora segnato dalle diverse prospettive delle 'Scuole', alle condizioni disumane delle carceri; legava l'abolizione alla formulazione "le pene non possono consistere in trattamenti contrarî al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Nobile, tra gli applausi, si dichiarava favorevole anche all'abolizione dell'ergastolo, "morte in vita"[88]. Il 15 Aprile 1947 l'Assemblea approvava la formula proposta dal Veroni: "non è ammessa la pena di morte se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra"[89]. Il comma 4 dell'art. 27 era seguito dai decreti legislativi 22 Gennaio 1948 nn. 21 e 22, che ne davano attuazione, sopprimendo la pena di morte anche nelle leggi speciali, eccetto quelle militari di guerra,

[86] AC, 17 Settembre 1946.

[87] AC, 26 Marzo 1947. Sul liberale Bellavista, processualpenalista fautore di un modello accusatorio e garantista indicazioni in A. Scaglione, *Bellavista, Girolamo*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit. pp. 205-206.

[88] AC, 28 Marzo 1947.

[89] AC, 15 Aprile 1947.

coerentemente con l'orientamento abolizionista della Cassazione[90]. La legge 29 Dicembre 1948 abrogava gli articoli 210 e 536 del codice di procedura penale, che dichiaravano inammissibili l'impugnazione e il ricorso in Cassazione di condannati a morte latitanti ed evasi; si sanavano – nelle parole di Vassalli – "realtà non adeguatamente garantite"[91].

5. La penalistica «dopo il dettato chiaro e preciso dell'art. 27 comma 4».

Gli interventi di poco precedenti o successivi alla Costituzione tematizzavano la dimensione costituzionale della scelta abolizionista; di lì a poco la penalistica 'tecnica' non sembrava mostrare particolare interesse per un tema *politico*, che perdeva di interesse *scientifico* per esser stato espunto dall'ordinamento. Del resto, più in generale, il "quietismo"[92] dell'inossidabile tecnicismo non metteva in comunicazione Costituzione e leggi penali; ad esempio il comma 3 dell'art. 27 era ricompreso nella "nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche"[93], "il principio dell'umanità e della finalità rieducativa […] ha una portata meramente programmatica, giacchè è evidente che la revisione del sistema delle pene non può essere effettuata che dal legislatore"[94].

Nel 1947 l'avvocato Aldo Casalinuovo – nel 1939 cantore della legislazione razziale, liberale di destra e monarchico, dal 1948 parlamentare – apprezzava il *Progetto di Costituzione*, ricordando di aver criticato la reintroduzione durante il regime: "non vorremmo qua certamente ripetere tutti gli argomenti che militano per l'esclusione delle leggi di ogni popolo civile della infame sanzione, specialmente quando essi hanno formato oggetto del nostro più accorato esame e della nostra più viva protesta, che tenne alta e nutrì di fervida passione la battaglia per l'abolizione nell'ora luttuosa del ripristino". L'abolizione pareva specchio di uno "Stato evoluto e forte", che disponeva una "sola eccezione", le leggi penali militari di guerra; "di fronte ai supremi doveri del cittadino verso la patria in pericolo", Casalinuovo accettava il "criterio d'ordine superiore […] impellente necessità, che si impone e si sostituisce al qualsiasi considerazione giuridica, filosofica, umana". Inoltre l' "eccezione" pareva "limitatissima", dal momento che l'art. 4 del Progetto di Costituzione, (poi 11), recitava "l'Italia rinuncia alla guerra come strumento di conquista e offesa alla libertà degli altri popoli […] restringendosi la possibilità alla difesa contro inique aggressioni"[95].

[90] *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, Sezioni penali*, (1949), p. 575.

[91] G. Vassalli, *Introduzione*, in *L 'inconscio inquisitorio*, cit., p. 20.

[92] Sulla penalistica del secondo dopoguerra, col metodo tecnico-giuridico sulla «via della continuità ed un quietismo distonico rispetto al linguaggio nuovo della Costituzione» cfr. L. Lacchè, *«Sistemare il terreno e sgombrare le macerie»*, cit., p. 299; cfr. inoltre G. Flora, *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, *Studi in onore di G.Vassalli*, Milano 1991, I,pp. 315 ss; sul pensiero dei Bettiol e Nuvolone, irriducibili al tecnicismo e anticipatori di una nuova "penalistica civile, destinata a svilupparsi un paio di decenni dopo" cfr. R. Orlandi, *La giustizia penale*, in *Enciclopedia Italiana, Il contributo,* cit., pp. 675 ss.

[93] Riporta i termini della prima nota decisione della Corte costituzionale 1/1956 M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzione e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Dalla costituzione 'inattuata'*, cit., p. 40.

[94] A. Peronaci, *La nuova costituzione come fonte diretta di norme penali*, in "Archivio Penale", (1948), p. 358.

[95] A. Casalinuovo, *Norme penali nel Progetto di Costituzione della repubblica italiana*, in "La giustizia penale",

Nel *Corso di lezioni di filosofia del diritto* – steso tra il 1944 e il 1945 e pubblicato nel 1948 – Bettiol considerava il "lugubre argomento" indicatore del modello di Stato, laddove quello democratico "ha altri mezzi sennò è una caricatura di Stato". Ricordava di essersi speso alla Costituente col prospettare un principio "politico", non "metafisico"; affermare che "il diritto penale è una politica" implicava il porre un "limite all'interesse statale nel campo della penalità", a garanzia della "libertà individuale", anche contro il canone "*necessitas non habet legem*". Bettiol discuteva inoltre le recensioni al suo lavoro del De Marsico – che aveva scritto di "empietà razionale ed etica della pena di morte" – e del Carnelutti, che aveva fondato la scelta abolizionista sulla "carità". Ad argomentazioni che non parevano "giuridiche", Bettiol opponeva il senso di un penale "umano", ma "che non tollera la maschera della compassione a scapito della giustizia". Il penalista friulano criticava poi un libro di Giotto Bonini sui principi del diritto socialista, mettendo in luce le possibili conseguenze del principio della difesa sociale, il ritorno, "magari in via amministrativa, dell'eliminazione di creature umane". A proposito dell' "individualizzazione, di cui tanto si parla", Bettiol sosteneva che essa dovesse incidere solo sulla fase dell'esecuzione. Poneva infine ai "cultori" del penale, "democristiani, liberali, comunisti", il compito di confrontarsi sul mantenere il codice del "1931" o "sottoporlo a radicale epurazione delle più marcate disposizioni a sfondo politico antidemocratico". Esprimeva il "voto che il diritto penale di domani, ancorato pur sempre all'idea retributiva, non proietti più l'ombra del capestro e della ghigliottina e sciolga i plotoni di esecuzione"[96].

Nell'anno Santo *La Giustizia penale* ospitava due interventi opposti, ispirati dalla proposta di legge costituzionale presentata dall'architetto ed ingegnere Florestano di Fausto – democristiano, membro della Consulta nazionale e poi della Costituente – per ripristinare la pena capitale "nei casi di sevizie, di oltraggio, di violenze e di assassinio esercitati sul fanciullo". Erano i giorni del processo a Rita Fort a Milano – col grido "a morte" della folla in Assise a vendicare il "tenero sangue"[97]– e della tragedia di Annarella Bracci, una bambina della borgata romana di Primavalle, trovata morta in un pozzo; il caso innescava un grande dibattito sul rapporto tra crimine e società, e sui metodi della polizia, barbari ed inefficaci a scoprire il "mostro"[98]. La

(1947), coll. 49 ss. Nel 1978 Casalinuovo avrebbe invitato gli Ordini forensi europei a battersi per l'abolizione nel mondo e per considerare l'umanità della pena dell'ergastolo. Indicazioni in F. Tacchi, *Casalinuovo, Aldo*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 473-474.

[96] G. Bettiol, *Il problema penale*, Milano 1948, pp. 48, 117 ss. Sul profilo dell'art. 27, che Bettiol voleva limitato alla fase dell'esecuzione cfr. ora M. Pifferi, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano 2013, particolarmente p. 15.

[97] D. Buzzati, *Il delitto di Rita Fort*, cit., p. 31.

[98] La tragedia era commentata, tra gli altri, da Igor Mann, Malaparte, Ingrao; era oggetto di un documentario di Visconti con testo di Pratolini. L'indagato Egidi confessava sotto tortura l'omicidio della bimba, salvo ritrattare davanti al giudice; l'episodio era discusso, tra gli altri, da Calamandrei e Carnelutti, fino all'annullamento della condanna in Cassazione, con l'omicidio rimasto senza colpevoli. Indicazioni in T. Rafaraci, *Vis modica e altri espedienti. La polemica sugli interrogatori duri al processo per la morte di Annarella Bracci*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, cit. pp. 117 ss. Un cenno sul caso celebre in L. Luparia, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano 2006, p. 5; L. Marafioti, *Le scelte dell'accusa. Orgoglio e pregiudizio*, in P. Marchetti, (cur.), *Inchiesta penale e pregiudizio. Una riflessione interdisciplinare*, Napoli 2007, p. 7. Di recente cfr. R. Morassut, *Il pozzo delle nebbie.*

proposta di Di Fausto considerava la "estrema difficoltà", rilevata anche in sede di Assemblea Costituente, a "rimuovere il sentimento democratico sul rifiuto della pena capitale"; d'altro canto il "martirologio dell'innocenza" e la "istanza inderogabile della pubblica opinione" ispiravano quel che pareva un valido strumento di "inflessibile difesa dell'infanzia che è sacra"[99].

Antonio D'Ormea – medico e criminologo – richiamava invece l'art. 27 "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Se il dettato costituzionale non pareva giungere "all'auspicato concetto giuridico che al principio di punire si sostituisca quello di curare il reo", pure implicava la "possibilità di emendamento". D'Ormea ricordava Lombroso, che in un primo momento aveva ammesso la pena di morte per il delinquente nato, poi aveva abdicato alla "tesi assolutista, ritenendo che ciò che la scienza non sa operare oggi non può escludersi possa fare domani". La proposta Di Fausto appariva dunque "antiscientifica e antiumana"[100]. Giuseppe Lojacono – giudice addetto al Ministero – era invece favorevole al ripristino; *Una nota di redazione* prendeva le distanze dall'articolo. Lojacono ripercorreva la genesi dell'art. 27, ed individuava in Cevolotto l'ispiratore delle tesi "che prevalsero", tra tutte la negazione del diritto dello Stato di "disporre della vita degli altri". Il principio pareva comune a laici e a cattolici, rei, secondo Lojacono, di aver ridotto a Lattanzio, citato da Paolo Rossi, il "pensiero teologico cristiano". L'unico argomento plausibile a sostegno dell'abolizione pareva "la tremenda possibilità dell'errore giudiziario", cui il magistrato rispondeva con la piena fiducia nella capacità della magistratura italiana a punire i colpevoli ed assolvere gli innocenti. Nel comma quattro dell'art. 27 Lojacono coglieva comunque una "palese contraddizione comune a tutta la tradizione del pensiero abolizionista", l'eccezione delle leggi militari di guerra; concludeva che la pena di morte assicurava il "raggiungimento di una perfetta giustizia morale, che importa anche una più efficace difesa sociale"[101].

Il disegno di legge di riforma costituzionale, presentato da Di Fausto, era respinto dalla Terza Commissione permanente della Camera il 2 Aprile 1952. Il relatore, l'avvocato Uberto Breganze, democristiano, ammetteva il "giusto valore della proposta", prevenire i delitti contro l'infanzia; considerava i rilievi di D'Ormea, l'adesione di Lojacono, ma fissava alcuni punti fermi. Citava in primo luogo gli argomenti di Paolo Rossi sulla scelta abolizionista come scelta di libertà dopo l'esperienza fascista; adduceva inoltre l'impensabilità di un "diritto di disporre della vita altrui", il "progresso della concezione attuale della pena", l'inefficacia preventiva, la possibilità di errori giudiziari, l'assenza di un solo "elemento decisivo nuovo dopo il maturo esame della Costituente". Concludeva col rifiuto del "regresso civico e giuridico"[102].

Prima della "rinnovata penalistica civile"[103] degli anni Sessanta del Novecento,

Il caso Bracci. Un omicidio a Primavalle nell'anno santo 1950, Roma 2015.

[99] *Atti Parlamentari*, 1950, *Camera dei deputati*, *Documenti* n. 1168.

[100] A. D'Ormea, *La pena di morte*, in "La giustizia penale", (1950), I, col. 186 ss

[101] G. Lojacono, *La pena di morte*, *ibid*, I, col. 146

[102] *Atti Parlamentari*, 1950, *Camera dei deputati*, *Documenti* n. 1168, A.

[103] Si riferiva a Bricola e alla riformulazione in chiave costituzionale della teoria del reato e dei beni

Nuvolone nel 1946 tematizzava il senso del "momento penale" nel dover superare sia il "dogma statualista", che l' "irrazionalismo" – radicatosi in Gemania ed in parte in Italia tra le due guerre – in nome di una "maggiore considerazione del reo nell'esercizio del potere punitivo"[104]. Da qui l'apprezzamento per la scelta abolizionista e per l' "individualizzazione della pena"; risolto il grave problema della pena capitale, *Le leggi Penali e la Costituzione* ponevano il tema dell' "attuazione" del comma 3 dell'art. 27, con un'interpretazione e riforma penale coerenti con i principi della Costituzione, anche in virtù dell'avvio dell'attività della Corte costituzionale[105]. Anche Rossi lamentava l'assenza di "movimento nella legislazione" adeguato all' "indirizzo costituzionale", "come troppo spesso in Italia alla bella teoria non è seguito alcuno agire completo". I *Lineamenti di diritto penale costituzionale* ribadivano che la pena capitale non poteva essere ripristinata, se non attraverso il procedimento previsto dall'art. 138; Rossi concludeva "auguriamoci che non avvenga mai, perchè sarebbe sicuro segno di tristi tempi, giacchè il ripristino si è sempre accompagnato al sorgere di dottrine tiranniche o ad uno stato di grave disordine sociale"[106].

In una densa riflessione sulle "massime pene" Bettiol aggiornava l'ideario retribuzionistico nel porre l'accento sull'umanizzazione del complessivo *ius puniendi.* Il giurista friulano svincolava la scelta abolizionista dal canone fascismo/democrazia, data la realtà di paesi democratici mantenitori; il punto era l'occasione per definire il cuore vitale del suo modello di democrazia, il "riconoscimento dei diritti inviolabili della persona". Bettiol riaffermava una "concezione individualista della società", contrapposta alle ragioni della difesa sociale vecchia e nuova; concludeva che "dopo il dettato chiaro e preciso dell'art. 27 comma 4 sull'argomento non si dovrebbe più discutere […] appartiene al passato"[107]. Pur nell'aumento della criminalità agli inizi degli anni Settanta, Bettiol avrebbe definito il ripristino un' "idea assurda che la nostra coscienza respinge"[108].

Con le importanti eccezioni dei Bettiol, Nuvolone, Rossi, e poi Vassalli e Gian Domenico Pisapia, che parevano ricomprendere il senso della pena in prospettiva storica, la penalistica ancorata al tecnicismo si limitava ad una sintetica esegesi dell'art. 27, pur innovativo della concezione della pena espressa dal codice Rocco. Anche il

giuridici M Sbriccoli, *Il problema penale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., pp. 713 ss; cfr. anche A. Gamberini-G. Insolera, *Presentazione*, in F. Bricola, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna Il Mulino, 1987, pp. 9-22; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari 1999, p. 7; M. Donini, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali,* in "Diritto penale contemporaneo", (2012), pp. 51-74.

[104] P. Nuvolone, *Il momento penale*, in "Archivio penale", (1946), pp. 263 ss. Sul rilievo di questo scritto cfr. L. Lacchè, *«Sistemare il terreno e sgombrare le macerie»,* cit., p. 291.

[105] P. Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione,* Milano 1953, particolarmente *Premessa* e pp. 3 ss.

[106] Rossi affrontava i problemi della pena di morte anche a proposito del principio di irretroattività, contraddetto – nella critica del Manzini – dalla *Legge di difesa dello Stato* del 1926 e dalle *Sanzioni contro il fascismo*; sosteneva che l'art. 2 del decreto 22 Gennaio 1948, attuativo dell'art. 27 comma 4, operava anche nei confronti delle sentenze irrevocabili, sciogliendo *pro reo* un «delicato quesito»; cfr.P. Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, cit., pp. 163-201.

[107] G. Bettiol, *Sulle massime pene,* cit., pp. 884 ss.

[108] G. Bettiol, *Ancora sulla pena di morte: pena di morte e retribuzione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, pp. 213 ss.

Commentario alla Costituzione italiana, curato da Calamandrei e Levi, seguiva questo metodo; Frosali affermava che "entrambe le Scuole" esprimevano in maggioranza un orientamento abolizionista, ed ostentava una fiducia tutta positivistica nel declino della "grande delinquenza", che avrebbe fatto tornare "normale la sensibilità del popolo alla gravità delle pene". Il quarto comma era definito un "potente fattore di civiltà", ed al tempo stesso un "grave problema di tecnica legislativa penale, non necessariamente connesso con orientamenti statolatrici o liberal-democratici, nella lezione di Francia, Inghilterra e molti tra gli Stati uniti che ammettono la pena capitale per i reati comuni"[109].

Con l'edizione 1948 del *Trattato* Manzini era capace di accreditare 'politicamente' anche le soluzioni normative dell'Italia repubblicana; questo il senso della ricostruzione del dibattito alla Costituente. Senza troppo indulgere in considerazioni 'filosofiche', non nelle sue corde, il pontefice del metodo tecnico giuridico riconosceva l'inammissibilità della pena di morte per un ordinamento che riteneva "la vita massimo bene dell'uomo". La fucilazione appariva "adeguata e idonea a conseguire l'effetto preventivo e repressivo", non quello "correttivo"; l'argomento abolizionista più convincente poggiava sul fatto che la pena di morte, "essendo irreparabile, non consente di rimediare a eventuali errori giudiziari". Lasciando comunque aperta una porta per i plotoni d'esecuzione, Manzini concludeva "essa non può giustificarsi che con necessità politiche e sociali superiori a ogni altra considerazione"[110].

Nel frattempo i progetti di un nuovo codice si arenavano; ma non a caso – come notava Vassalli – le riforme si limitavano ad una "attenuazione, con molta cautela, del regime delle pene"[111], con la penalistica civile degli anni Sessanta che sosteneva questa politica del diritto. Ad esempio Gian Domenico Pisapia ricordava che nel 1944-45 la pena capitale era parsa al legislatore "conseguenza naturale e quasi ineluttabile di tutti i crimini che avevano scosso l'umanità"; passata quella stagione, risaltava come una sanzione priva di fondamento giuridico, espressione politica di "ragion di Stato", di "diritto del più forte". La fucilazione era ritenuta improponibile per la società italiana, pur tutt'altro che priva di criticità, ma che pareva avviata verso l' "abolizione totale"[112]. Nel 1967, in un Convegno internazionale, Nuvolone ripercorreva il "problema" della

[109] A proposito di "pene [che] non possono consistere in trattamento contrari al senso di umanità", Frosali affidava alla legislazione a venire la lezione di Beccaria, proseguita con la "santa crociata della Scuola positiva", che, a suo dire, aveva improntato il principio per cui "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato", in continuità con la "rigenerazione", voluta dai guardasigilli Rocco e Grandi; cfr. R. A. Frosali, *La giustizia penale*, in P. Calamandrei – A. Levi, (curr.), *Commentario alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, pp. 219 ss. Sull'epigono del positivismo indicazioni in A. Mattone, *Frosali, Raul Alberto,* in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani,* cit., p. 910.

[110] V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1948, III, pp. 3 ss. Indicazioni sul penalista friulano, artefice, tra l'altro, del codice di procedura del 1930 in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, cit., *ad vocem*; A. Berardi, *Manzini, Vincenzo,* in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, pp. 1263-1265.

[111] G. Vassalli, *La pena in Italia, oggi*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano 1991, I, pp. 619 ss.

[112] G. D. Pisapia, *La pena di morte e la sua attualità*, in *Pena de morte,* Coimbra 1967, pp. 85 ss; Id., *Il problema della pena di morte*, in *Studi in memoria di Biagio Petrocelli*, Milano 1972, III,p. 1454. Sul processualpenalista, protagonista dell'unico codice della Repubblica indicazioni in E. Amodio, *Pisapia, Gian Domenico*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 1602-1603.

pena di morte in Italia, argomentando che, dopo la caduta del fascismo, una "nuova gerarchia di fattori politici" l'aveva disposta per ministri ed alti gerarchi fascisti e per i collaborazionisti; e che, dopo l'abolizione nel 1944, la crescita enorme della delinquenza del dopoguerra ne aveva imposto il ripristino per taluni gravissimi delitti comuni. Il penalista aggiungeva che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la fucilazione era prevista nelle leggi militari per i delitti contro la "sicurezza dello Stato" ed "in circostanze eccezionali di conservazione dell'ordine militare, tradimento, codardia, diserzione, insubordinazione per vie di fatto". Nuvolone si dichiarava contrario all'istituto in nome del principio della "risocializzazione sociale ante e post delictum"; osservava che tra le "correnti ideologiche" la "nuova difesa sociale" era abolizionista, mentre era più sfumato l'abolizionismo dei retribuzionisti "neoclassici". Asseriva comunque che del "problema" non dovevano decidere giuristi o filosofi, quanto le "forze politiche", quelle "legate alla Chiesa cattolica", quelle "liberal", quelle "marxiste, nelle loro differenti ramificazioni"; quelle "nazionaliste" parevano le più decise nella tensione al ripristino, per cercare un consenso strumentalizzando l' "irrazionalismo dell'opinione pubblica davanti ai delitti del momento"[113].

Il primo numero de *L'Indice penale* – fondato da Nuvolone nel 1967 e diretto assieme a Bricola, Pedrazzoli e Pisani – ribadiva le ragioni della razionalità giuridica di fronte a chi auspicava la reintroduzione in risposta alle gesta sanguinose della banda Cavallero, che, con rapine a mano armata ed omicidi, aveva "terrorizzato il Nord"[114]. Pisani curava una sezione della Rivista, che raccoglieva brani celebri di Victor Hugo e Kafka, De Maistre e Camus, Papini e Croce, ed i crudi resoconti sulle esecuzioni negli Stati uniti. A proposito di "pietà, nefandezze e una voce di popolo", si riportavano la lettera di un "vecchio operaio Fiat, che aveva strappato la tessera di partigiano", per protesta contro le "ottime persone che ostacolano il ripristino della pena capitale"; un articolo di Sandro di De Feo su *La stampa* circa il diffuso sentire della "gente", "non avete sentito il grido di tutta Italia che chiede la pena capitale per gli assassini di Milano ? [...] l'America è forse una nazione barbara ?"; una pagina di Dino Buzzati per il *Corriere della Sera*, in cui lo scrittore raccontava la voce della "folla" – "bisognerebbe fare un referendum, garantito che tutta Milano chiederebbe a pena di morte" – e concludeva che per Cavallero, pronto a dissipare le somme delle rapine per "fare la bella vita", l'ergastolo sarebbe stato "peggio della morte"[115].

Negli snodi più drammatici della storia repubblicana e del crescere dell'allarme sociale si riparlava di introduzione. Nel 1974 la legge Bartolomei sui sequestri innalzava il carico sanzionatorio per un delitto particolarmente redditizio per la criminalità organizzata, che, dall'ambiente pastorale della Sardegna, era divenuto "italiano", poi, dalle prime gesta dimostrative delle Brigate Rosse, "politico".

[113] P. Nuvolone, *Le probleme de la peine de mort en Italie,* in *Pena de morte*, cit, pp. 189 ss.

[114] Pietro Cavallero è morto nel 1997, dopo aver scontati venticinque di carcere; l'ergastolo 'ridotto' aveva cambiato profondamente la "belva di Milano", il "prototerrista", che aveva salutato la sentenza di condanna col pugno chiuso e cantando l'Internazionale, e che, grazie al pentimento cristiano, aveva trovato la forza per chiedere, tramite il cardinale Martini, perdono ai familiari delle vittime, cfr. *Cavallero, il bandito che terrorizzò il Nord,* in "Il Corriere della Sera", 11 Novembre 1997.

[115] *Pena di morte*, in "L'Indice penale", (1967), pp. 442 ss.

Nonostante il fallimento della "prima tra le leggi messaggio" [116] di quegli anni, nel 1977 il MSI presentava una proposta di legge costituzionale di introduzione per il "caso di omicidio pluriaggravato di minori e di sequestro di minorenni a scopo di estorsione". Nuvolone commentava con l'argomento 'beccariano', per cui disporre "la stessa pena per il sequestro e l'omicidio", avrebbe avuto, "come unico risultato, la soppressione del minore"[117].

Davanti alla morte violenta, al centro della scena pubblica dai giorni della strage di Piazza Fontana, il direttore de *L'Indice penale* ripeteva la sua "decisa contrarietà in linea di principio", e sosteneva che "la libertà non si difende con gli strumenti della dittatura"; l'"antico' nesso tra leggi penali e Costituzione appariva l'unico mezzo per la "tutela delle strutture dello Stato e della libertà di tutti"[118]. In risposta al sequestro di Moro e all'assassinio della scorta ad opera delle Brigate rosse si levavano isolate ma 'clamorose' proposte di applicazione delle leggi marziali per i terroristi[119]. In un denso necrologio Nuvolone ricomprendeva il sacrificio dello statista nella tragedia politica del Novecento italiano, riallacciando le fila dall' "alba" scientifica e politica del giovane penalista nella "realtà di dittatura e di morte", all' "atroce beffa", per chi, battutosi alla Costituente per l'abolizione della pena capitale e l'umanizzazione delle pene, era stato "vittima di un diverso e aberrante modo di concepire il diritto di punire"[120].

[116] Indicazioni della bibliografia su quella che pareva «una nuova forma di criminalità» e sulla «prima delle leggi messaggio» varate dal legislatore sull'onda dell'emergenza possono essere lette in F. Colao, *Giustizia e politica,* cit., pp. 159 ss.

[117] NdR, *Modifica all'art. 27 della Costituzione*, "L'Indice penale", (1977), p. 283.

[118] Tra gli esempi di una serrata battaglia di razionalità giuridica e di civiltà cfr. P. Nuvolone, *Codice penale e Costituzione*, in "L'Indice penale", (1970), pp. 119 ss; Id., *Il caso Valpreda*, *ibid*, (1972), p. 507 ss; Id., *La vendetta del codice Rocco*, *ibid.*, p. 601; Id., *La pena di morte, ibid.*, (1975), p. 451.

[119] Indicazioni in A. Giovagnoli, *Aldo Moro e la democrazia italiana*, in *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta*, cit., p. 59.

[120] P. Nuvolone, *Aldo Moro*, in "L'Indice penale", (1978), p. 349.

Historia et ius - ISSN 2279-7416
rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 25

Elio Tavilla

Ordine biologico e ordine morale. Appunti sulla riflessione criminologica italiana in tema di pena di morte (sec. XIX)

La storiografia giuridica, quando ha rivolto la sua attenzione al tema della pena di morte in età moderna e contemporanea, si è trovata, comprensibilmente, a concentrarsi sulla dottrina abolizionista[1].

Tale dottrina trova le sue scaturigini nel *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria e, dopo l'apparente eclissi dell'età napoleonica e della Restaurazione, vede la sua più compiuta espressione nella scienza penalistica italiana dei decenni '60-'80 dell'Ottocento, sino all'esito del codice penale unitario nazionale del 1889[2]. Tra gli esponenti del fronte abolizionista svettano i nomi di Francesco Carrara (il maestro della giuspenalistica classica italiana nonché direttore della collana *Biblioteca dell'Abolizionista*)[3], Pasquale Stanislao Mancini (il campione dell'impegno parlamentare su tale versante)[4], Pietro Ellero (il fondatore del *Giornale per l'abolizione della pena di morte*)[5] e Luigi Lucchini (il direttore della *Rivista penale*)[6].

[1] Esempi recenti in tal senso, E. Dezza, *Il problema della pena di morte*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava appendice, *Diritto*, Roma 2012, pp. 223 ss.; E. Tavilla, *Gli avvocati italiani e l'abolizione della pena di morte*, in S. Borsacchi-G.S. Pene Vidari (curr.), *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna 2014, pp. 503 ss.

[2] M. Da Passano, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, in S. Vinciguerra (cur.), *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova 1993, pp. 579 ss.

[3] E. Palombi (cur.), *Contro la pena di morte. Scritti di Francesco Carrara*, Milano 2001. Cfr. M. Montorzi, *Francesco Carrara (1805-1888)*, in S. Borsacchi-G.S. Pene Vidari (curr.), *Avvocati che fecero l'Italia*, Bologna 2011, pp. 475 ss.; G. De Francesco, *Francesco Carrara*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 357 ss.; F. Colao, *Carrara, Francesco*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletti (curr.) *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani*, Bologna 2013, I, pp. 463-467; E. Tavilla, *Gli avvocati italiani e l'abolizione della pena di morte*, cit., pp. 508-514 e 524-525.

[4] Cfr. *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo, lo studioso, il politico*, a cura di O. Zecchino, Napoli 1991; F. Mele, *Un codice unico per un'Italia nuova. Il progetto di codice penale di Pasquale Stanislao Mancini*, Roma 2002; L. Nuzzo, *Pasquale Stanislao Mancini*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 307 ss.; C. Storti, *Mancini, Pasquale Stanislao*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletti (curr.), *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani*, cit., II, pp. 1244-1248.

[5] C. Vano, *Ellero, Pietro*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 42, Roma 1993, pp. 512-520; E. D'Amico, *Ellero Pietro*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletti (curr.), *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani*, cit., I, pp. 792-794. Sul *Giornale per l'abolizione della pena di morte*, E. D'Amico, *L'educazione giuridica e battaglia abolizionista nel "Giornale per l'abolizione della pena di morte"*, in M.G. di Renzo Villata, *Formare il giurista. Esperienze nell'area lombarda tra Sette e Ottocento*, Milano 2004, pp. 577 ss.; E. Spagnesi, *La santa bandiera abolizionista. La battaglia contro la pena di morte da Cesare Beccaria a Giuseppe Zanardelli*, in A. Casetta (cur.), *Pietro Ellero. Un grande pordenonese nella cultura giuridica sociale e politica dell'Ottocento*, Pordenone 2007, pp. 35 ss.; A. Torini, *Gli albori della campagna abolizionista: il "Giornale per l'abolizione della pena di morte" e il dibattito sulla riforma penale di fine Ottocento*, in "Historia et ius. Rivista di Storia giuridica dell'età medievale e moderna" [www.historiaetius.eu], 7 (2015), paper 9.

[6] M.N. Miletti, *Lucchini, Luigi*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletti (curr.), *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani*, cit., II, pp. 1207-1211; C. Latini, *Luigi Lucchini*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 362 ss. Sulla Rivista, M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale. La "Rivista penale" di*

Meno battuta, invece, è la strada percorsa dagli antiabolizionisti, cioè dei fautori della pena di morte, i quali, proprio negli anni più vivi del dibattito parlamentare (1865-1889), si incarnarono nei primi esponenti delle nascenti discipline dell'antropologia criminale, della criminologia e della sociologia giuridica – insomma la Scuola positiva[7]: riferimento obbligato ai nomi di Cesare Lombroso[8], Raffaele Garofalo[9], Enrico Ferri[10] (il "triumvirato lombrosiano", come lo ha definito Daniel Pick[11]).

Non ripercorrerò qui le vicende relative al doppio regime instauratosi nel nuovo Regno a causa della tradizione abolizionista della Toscana né al conseguente ritardo

Luigi Lucchini (1874-1900), in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, II, pp. 903 ss.

[7] Sulla Scuola positiva, C.F. Grosso, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in L. Violante (cur.), *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, Torino1997, pp. 15-17; M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., I, pp. 547-567; F. Colao, *Le ideologie penalistiche fra Otto e Novecento*, in A. Mazzacane (cur.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986, pp. 107 ss.; Ead., *Il delitto politico tra Otto e Novecento. Da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, Milano 1986, pp. 89-114; Ead., *Le scuole penalistiche*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 350-352.

[8] L. Bulferetti, *Cesare Lombroso*, Torino 1975; R. Villa, *Il deviante e i suoi segni: Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano 1985; P. Baima Bollone, *Cesare Lombroso, ovvero Il principio di irresponsabilità*, Torino 1992; Id., *Cesare Lombroso e la scoperta dell'uomo delinquente*, Torino 2009; M. Gibson, *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, trad. it., Milano 2004; D. Velo Dalbrenta, *La scienza inquieta. Saggio sull'Antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Padova 2004; Id., *Lombroso, Cesare Ezechia Marco*, in *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani*, cit., II, pp. 1189-1192; G. Armocida, *Lombroso, Cesare*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 65 (2005), pp. 548-553); L. Picotti-F. Zanuso (curr.), *L'antropologia criminale di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale italiano*, Napoli 2011; E. Musumeci, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano 2012; P. Marchetti, *Cesare Lombroso e l'«Archivio di psichiatria»*, in L. Lacchè-M. Stronati (curr.), *Un tribunale per le scienze criminali. La 'cultura' delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata 2012, pp. 69 ss.; Id., *Cesare Lombroso*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 366 ss.

[9] P. Camponeschi, *Garofalo, Raffaele*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 52 (1999), pp. 366-368; F. Venturini, *Raffaele Garofalo magistrato: un conservatore dalla "scuola positiva" al fascismo*, in "Le Carte e la Storia", 16.2 (2010), pp. 164 ss.; M.N. Miletti, *Garofalo, Raffaele*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletti (curr.), *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani*, cit., I, pp. 947-951.

[10] G. Sircana, *Ferri, Enrico*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 47 (1997), pp. 139-145; E.R. Papa, *Enrico Ferri tra socialismo giuridico e riforme istituzionali*, in L. Cavazzuoli-C.G. Lacaita (curr.), *Riforme e istituzioni tra Otto e Novecento*, Manduria-Roma-Bari 2002, pp. 151 ss.; R. Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano 2004; J.-L. Halpérin, *Ferri Enrico*, in O. Cayala e J.-L. Halpérin (dirr.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris 2008, pp. 181 ss.; E. D'Amico, *Strategie di manipolazione dei giurati: Enrico Ferri e la coscienza popolare*, in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (curr.), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna 2008, pp. 265 ss.; L. Sigismondi, *La «funzione pratica della della giustizia punitiva». Le prolusioni romane di Enrico Ferri*, in "Historia et ius" [www.historiaetius.eu], 4 (2013), paper 11; M. Stronati, *«Un'oncia di pratica»: Enrico Ferri e gli 'esordi' della rivista "La Scuola Positiva"*, in L. Lacchè-M. Stronati (curr.), *Un tribunale per le scienze criminali*, cit., pp. 97 ss.; Ead., *Enrico Ferri*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 371 ss.; F. Colao, *Ferri, Enrico*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletti (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., I, pp. 849-852; Ead., *«Un fatale andare». Enrico Ferri dal socialismo all'«accordo pratico» tra fascismo e Scuola positiva*, in I. Birocchi-L. Loschiavo (cur.), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma 2015, pp. 129 ss.

[11] D. Pick, *Faces of degeneration. A European desorder, c.1848-c.1918*, Cambridge 1989, p. 130.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 25

nell'unificazione giuridica penale, dovuta alla divergenza tra Destra e Sinistra storica proprio sul mantenimento o meno della massima sanzione[12]. Qui basti ricordare che nel 1876 si registra una svolta decisiva: l'avvento della Sinistra al governo e di Mancini alla guida del Ministero della Giustizia, nonché, a causa dell'ostinato rifiuto del Senato di condividere l'orientamento abolizionista ormai maggioritario nella Camera dei deputati, l'intervenuto tacito accordo con il sovrano per una moratoria delle esecuzioni capitali[13].

Proprio nel 1876 esce la prima edizione di un testo fondamentale per l'antropologia criminale (e non soltanto): *L'uomo delinquente* di Cesare Lombroso[14]. Il medico veronese è il primo esponente della costituenda Scuola positiva ad argomentare tesi a sostegno di quella "estrema selezione, dolorosa ma certa"[15], della pena di morte, alla luce di rilievi coerenti con la recezione delle teorie evoluzionistiche e "adattative" di Charles Darwin e di Herbert Spencer: "La pena di morte è scritta, pur troppo, nel libro della natura ed anche in quello della storia", scrive Lombroso[16]. E aggiunge, rivolgendosi alle anime candide degli abolizionisti:

> Dire che quella pena vada contro alle leggi della natura è fingere di ignorare che essa è scritta a caratteri troppo chiari nel suo libro, sapendosi anzi che nella lotta per l'esistenza, seguita da immani ecatombe, basasi tutto il progresso del mondo organico e quindi del nostro[17].

Eppure Lombroso ritiene ragionevole prendere atto del contesto italiano contemporaneo, dove affiora "il delicato sentimento che la vuole abolita"[18], e propone

[12] Si può rinviare a Da Passano, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, cit., in particolare alle pp. 611 ss.; G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano 2000, pp. 75-88; F. Mele*, Un codice unico per un'Italia nuova. Il progetto di codice penale di Pasquale Stanislao Mancini*, Roma 2002, pp. 28 ss.; I. Mereu, *La morte come pena*, III ed., Roma 2007, pp. 133 ss.; A. Santangelo Cordani, *Alla vigilia del Codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milano 2008, pp. 219 ss.; E. Tavilla, *Guerra contro il crimine. Pena di morte e abolizionismo nella cultura giuridica italiana*, in A. Sciumè (cur.), *Il diritto come forza, la forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, Torino 2012, in particolare pp. 155 ss.

[13] Da Passano, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, cit., pp. 632-633 e nt. 197; G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, cit., p. 86.

[14] C. Lombroso, *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, Hoepli, Milano 1876. Una seconda edizione accresciuta viene pubblicata a Torino nel 1878 dai Fratelli Bocca, che editeranno anche le successive edizioni: la terza, «completamente rifatta», è del 1884; la quarta, con altre parti aggiunte, del 1889; infine, nel 1897, viene licenziata la quinta e ultima edizione in 4 tomi. Si veda la *Presentazione* di A. Torno a C. Lombroso, *L'uomo delinquente. Quinta edizione-1897*, Milano 2013, pp. IX ss., in particolare alle pp. XI-XVII. Da questa riedizione moderna sono tratte le citazioni utilizzate nel presente saggio.

[15] Lombroso, *L'uomo delinquente*, cit., p. 1835.

[16] Ibid. Lombroso tornerà a ribadire il suo favore alla pena capitale in *Sull'incremento del delitto in Italia e sui mezzi per arrestarlo*, Torino 1879, pp. 28 ss. e 79 ss.; *Misdea e la nuova scuola penale*, Torino 1884, pp. 102 ss.; *Troppo presto*, in C. Lombroso-A. Berenini-V. Rossi, *Appunti al nuovo progetto di codice penale*, Torino 1888, pp. 11 ss.

[17] Ivi, p. 1837.

[18] Ivi, p. 1836. E a proposito di "delicato sentimento", poco più avanti: "Oh! che non ci sentiamo commossi quando col diritto di leva condanniamo anticipatamente a morire precocemente migliaia di onesti sui campi di battaglia, spesso per un capriccio dinastico o per preteso amor proprio nazionale; e dobbiamo davvero sentirci sdilinquere quando si tratta di sopprimere poche individualità disoneste,

pertanto di mantenere la pena capitale solo per criminali più pericolosi e, soprattutto, per i recidivi, cioè per coloro che abbiano dimostrato sicura propensione al crimine efferato[19]. In tal modo egli credeva poter giustificare l'irreparabilità della massima sanzione[20], in quanto la recidiva avrebbe certificato la natura dei "rei-nati"[21] o "criminali nati"[22], quei "delinquenti-nati, nati pel male", secondo una delle sue più celebri formule[23], irredimibili quanto irreparabile sarebbe stata la pena.

Sotto questo profilo, i giuristi avrebbero secondo Lombroso una responsabilità grave. A loro, infatti, viene non soltanto addebitata una generale sottovalutazione del fenomeno criminoso – che al medico veronese sembra essere tipico di certi ambienti intellettuali del tempo –, ma persino il clima di sostanziale impunità di cui godrebbero i criminali. Si spiegano in tal modo le stoccate contro gli avvocati, che attraverso le armi dell'oratoria suggestiva o le tecniche misteriche della procedura, incasserebbero ricche parcelle provenienti dai delitti commessi dagli imputati che difendono: "come i vermi dell'*humus*, fan passare … nel proprio terreno l'oro che i criminali rubano agli onesti"[24]. Le udienze penali sarebbero ormai, a dire di Lombroso, veri e propri luoghi di insano svago, "a cui accorrono avidamente curiosi tutti i peggiori criminali che vi trovano il migliore dei loro passatempi"[25]. I processi, le cui spese vanno a carico "del bilancio dell'onesto" e "a servizio del disonesto", sono l'arena in cui "una falsa pietà trova sempre una certa quantità d'attenuanti e di scusanti"[26]. Per non parlare della corsa a ostacoli della procedura – "i ricorsi, i controlli, gli appelli e i contrappelli"[27] –, nonché di "un altro provento diretto dei deputati avvocati", vale a dire "le grazie e gli indulti"[28]: "sicché bisogna sia ben povero e ben inetto", conclude Lombroso, "quel reo che sconta interamente una pena ben meritata"[29].

Tali passaggi trovano eco e obiettivi ancor più mirati nel padre fondatore della disciplina criminologica, Raffaele Garofalo, e nella sua opera più importante, *Criminologia*, apparsa, com'è noto, in prima edizione nel 1885, e quindi riedita con significativi aggiornamenti nel 1891. Anche il magistrato Garofalo riserva accenti sprezzanti ai giuristi, ma, a differenza dell'autore dell'*Uomo delinquente*, le critiche sono più argomentate e hanno come obiettivo esplicito la scienza penalistica al tempo

cento volte più pericolose e fatali di un nemico straniero, in cui una palla ignota può colpire un Darwin, un Gladstone?" (ivi, pp. 1836-1837).

[19] *Ibid.*: "a noi basti che essa resti sospesa come spada di Damocle sul capo dei più terribili malfattori, quando condannati a vita, abbiano attentato più volte alla vita degli onesti, e peggio se spentala". Il passo è funzionale alla critica 'amichevole' fatta a Enrico Ferri: si veda *infra*, nt. 82.

[20] *Ibid.*: "con che si toglie anche quell'ultima obbiezione tanto palleggiata, e in fondo giustissima, della irreparabilità della pena".

[21] Ivi, pp. 334-335.

[22] Ivi, pp. 1848-1849

[23] Lombroso, *Troppo presto*, cit., p. 23. Cfr. Musumeci, *Cesare Lombroso e le neuroscienze*, cit., p. 136.

[24] Lombroso, *L'uomo delinquente*, cit., p. 1870.

[25] *Ibid.*

[26] *Ibid.*

[27] *Ibid.*

[28] Ivi, p. 1871.

[29] *Ibid.*

dominante, la cosiddetta Scuola classica, a cui viene riconosciuto un ruolo determinante nella confezione del nuovo codice penale.

Ai giuristi della Scuola classica vengono rimproverati, nell'ordine:

a) una colpevole astrattezza;
b) il rifiuto a recepire il contributo di altre scienze, come quelle definite "sperimentali";
c) il rigetto di strumenti sanzionatori perentorî (come la pena di morte, vedremo) che potrebbero arginare la criminalità;
d) l'uso dell'interpretazione normativa e degli strumenti processuali ai soli fini di alleggerire la posizione degli indagati;
e) l'omologazione culturale dei giudici, indifferentemente civilisti e penalisti, con una spiccata formazione di stampo romanistico: "… tutta la loro scienza, indispensabile per ben giudicare in materia civile, è già oggi, in gran parte, inutile in quel ramo affatto diverso che è la giustizia penale"[30].

In piena coerenza con tali rilievi, Garofalo ritiene di poter intitolare il primo paragrafo del capitolo dedicato al "delitto naturale" nel seguente modo: "La parola delitto non appartiene ai giuristi"[31]. E più avanti, con toni ultimativi: "Che cos'è la criminalità pel giurista? Nulla. Egli non conosce questa parola. Egli non si occupa del fenomeno sociale né delle sue cause naturali…"[32]. Per i giuristi della Scuola classica il delitto non è che una "infrazione giuridica"[33], ciò che per Garofalo appare una inaccettabile astrazione.

È proprio nella definizione di delitto data dal giurista napoletano in alternativa, direi anzi in contrapposizione alla Scuola classica, che è possibile individuare l'architrave della sua netta presa di posizione antiabolizionista. Il delitto naturale, infatti, viene descritto come "una lesione di *quella parte del senso morale* che consiste nei *sentimenti altruistici fondamentali* (pietà e probità)"[34] ; quel "senso morale" va calcolato, per così dire, sul valore medio riscontrabile nelle "razze umane superiori"[35]; quella certa quantità di senso morale è considerata da Garofalo "necessaria per l'*adattamento alla società*"[36]. La variante 'spenseriana' tracciata da Garofalo sulla scorta del primo varco più genuinamente darwiniano aperto da Lombroso, porta a individuare nel delitto un segno inequivocabile, oggettivamente valutato sulla base dei rilievi delle

[30] R. Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, I ed., Torino 1885, p. 352. Poco prima era stato scritto, parlando dei giudici: "La base del loro sapere, il segno della loro coltura è per loro il diritto civile: il loro più bel vanto è il meritare il nome di *romanisti*". E subito dopo: "Ed essa [*scilicet:* la loro scienza] diventerà tanto più estranea e superflua quando si compirà la trasformazione da noi invocata della scienza penale. Il Codice penale dell'avvenire richiederà negli uomini chiamati ad applicarlo un corredo di cognizioni ben diverse dalle Pandette e dalle Istituzioni di Giustiniano, le quali non serviranno che a fornire il lusso della erudizione classica. Ciò che i giudici dovranno conoscere profondamente saranno i caratteri psicologici ed antropologici che distinguono l'una dall'altra classe di delinquenti. Essi dovranno essere versati, inoltre, nelle statistiche criminali e nelle discipline carcerarie" (*ibid.*).

[31] Ivi, p. 3.

[32] Ivi, p. 206.

[33] Ivi, p. 210.

[34] Ivi, p. 30. In questa come nelle citazioni successive, i corsivi sono quelli dell'edizione originale.

[35] *Ibid.*

[36] *Ibid.*

scienze empiriche: "Delitto importa mancanza di adattamento all'intera vita sociale"[37].

Ora, così come nel mondo naturale il mancato adeguamento di intere specie alle condizioni di vita del pianeta portano fatalmente alla loro estinzione, analogamente il mancato adattamento di singoli individui alle condizioni della vita associata sta alla base della necessità di 'eliminare' il gravemente 'disadatto'; il delitto, appunto, è l'evidenza empirica del mancato adattamento del singolo.

Esiste quindi un ordine biologico e un ordine morale:

> È un principio biologico che l'individuo scomparisca quando le sue imperfezioni gli impediscono di sopportare l'azione dell'ambiente. La differenza fra l'ordine biologico e l'ordine morale è che la selezione nel primo ha luogo spontaneamente con la morte degli individui disadatti, mentre nel secondo caso l'individuo, essendo fisicamente atto alla vita, e non potendo vivere fuori dell'ambiente sociale a cui pure esso non è adatto, la selezione deve aver luogo *artificialmente*, cioè per opera del potere sociale che operi ciò che nell'ordine biologico è operato nella natura[38].

Quale mezzo più efficace – e definitivo – della pena capitale per ottenere la selezione "artificiale", cioè l'eliminazione del criminale irrecuperabile? "*Non vi ha … altro mezzo assoluto, completo di eliminazione che la morte*"[39].

La tematizzazione del senso morale comune consente a Garofalo di contestare alla radice l'idea diffusa che la pena debba consistere in una "espiazione morale". Tale concezione si fonda su un falso presupposto, argomenta il magistrato napoletano, quello secondo il quale la moralità del criminale sia analoga a quella normale – cioè 'media' nel senso che abbiamo visto – in relazione al suo contesto sociale; ciò che appunto viene individuato come contraddizione, proprio perché il colpevole, commettendo il delitto, ha dimostrato di esser privo di una moralità normale, dalla quale attendersi, auspicabilmente, un processo d'emenda mediante l'espiazione penale.

Ma Garofalo contrasta anche l'alternativa tradizionale alla pena come espiazione, vale a dire la vendetta. Se è vero che la pena, come Garofalo sostiene, è il risultato della reazione sociale, quest'ultima non può consistere nell'odio nei confronti del colpevole (da cui la reazione vendicativa), ma piuttosto "nella *ripugnanza* contro il malfattore per la sua anormalità, cioè pel difetto che è in lui della moralità più comune e necessaria"[40]. A fronte di tale "ripugnanza", "il vero appagamento della società avrebbe luogo nella espulsione del delinquente"[41]. "La ragione del punire è, in una parola, l'*intolleranza del delitto*, la quale traducesi in uno sforzo continuo per tentare di sopprimerlo"[42]. E ancora: "È giusto che la società si conservi mercé la esclusione dei disadatti alla convivenza. È dunque giusto che essa elimini i delinquenti"[43].

E torniamo al punto focale: la morte come pena "è richiesta solo perché essa è l'*unico mezzo* di eliminazione completa, assoluta, irrevocabile"[44]. E pertanto, "Il

[37] Ivi, p. 68.

[38] Ivi, p. 67.

[39] Ivi, p. 45.

[40] Ivi, p. 62.

[41] *Ibid.*

[42] Ivi, p. 68.

[43] Ivi, p. 258.

[44] Ivi, p. 63.

patimento non è dunque il *fine* della reazione voluta dal sentimento popolare, ma per la natura delle cose, va sempre congiunto al vero fine, l'*eliminazione dall'ambiente dell'individuo ad esso non adatto*"[45].

Anche la funzione intimidatrice e preventiva della pena (la controspinta psicologica di Romagnosi e di Feuerbach[46]) viene rigettata:

> Se il delitto è … un'azione rivelatrice del difetto di adattamento, la reazione logica della società dovrà consistere nel riparare a tale difetto. Dunque nessuno studio rivolto alla ricerca della pena atta all'intimidazione. Questa si produce pel proprio effetto della minaccia di eliminazione, poiché vi è sempre insito un male. Ciò è evidente per la forma di eliminazione *assoluta*, la morte[47].

Si aggiunga che gli effetti dei mezzi eliminativi saranno apprezzabili, oltre che sul breve periodo, anche a lungo termine. Il miglioramento della razza, da mero processo naturale di adattamento all'ambiente, diventa programma di politica criminale: "La soppressione degli elementi più disadatti produce dal punto di vista psichico un miglioramento della razza, in quanto nascerà un numero sempre minore di persone proclivi alla delinquenza"[48].

Qui è evidente la recezione della dottrina della "delinquenza atavica" elaborata da Cesare Lombroso[49], nonché della teoria della cosiddetta "eredità psicologica"[50], che si poneva in contrapposizione con gli esponenti della cosiddetta "scuola correzionalista"[51], i quali, postulando "che il carattere fondamentale sia sempre modificabile per educazione"[52], elevavano la "emenda morale" a obiettivo primario del sistema penale.

La critica al principio della responsabilità individuale, condivisa da tutta la Scuola positiva ma che nell'impianto criminologico di Garofalo assume tratti di estrema rigidità, giunge al punto da includere i malati di mente nella platea degli "eliminabili": "L'applicabilità della stessa pena di morte non è per noi pregiudicata, in massima, dalla esistenza di una anomalia psichica. […] La eliminazione de' pazzi deve aver luogo con

---

[45] *Ibid.*

[46] Cfr. G. Guarneri, *Le concezioni penalistiche di Giandomenico Romagnosi e di Paolo Anselmo Feuerbach*, in "La Giustizia Penale", serie V, 8.3-5 (1942), pp. 78 ss.

[47] Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 76.

[48] Ivi, p. 78. Si veda anche quanto lo stesso Lombroso scrive a proposito del c.d. "atavismo" (pp. 222, 409-416, 586-587, 744-748, 879-883, 1753 ss., 1907-1910), oppure dei fattori ereditari (pp. 930-932, 976-978, pp. 1436 ss., 1536-1537, 1907-1910), o ancora, dell'influenza della razza (pp. 1272 ss., 1539-1540, 1564-1567, 1689-1690)

[49] Lombroso, *L'uomo delinquente*, cit., pp. 1296 ss.

[50] Elaborata da T.A. Ribot, *L'hérédité psychologique*, Paris 1871, autore e opera ricordati da Garofalo, *Criminologia*, cit., pp. 78-79.

[51] Ai "correzionalisti" si era contrapposto, ma su premesse affatto differenti, pure Francesco Carrara, polemizzando apertamente con Karl Roeder, il quale aveva sostenuto le sue tesi anche sulla "Rivista penale" di Luigi Lucchini (K. Roeder, *Sul fondamento e sullo scopo della pena in riguardo alla teoria dell'emenda*, in "Rivista penale", 2 [1875], pp. 273 ss.; Id., *Ancora una parola a difesa dell'emenda*, ivi, 7 [1877], pp. 113 ss.). I termini essenziali della contesa sono richiamati da Santangelo Cordani, *Alla vigilia del codice Zanardelli*, cit., pp. 210-213.

[52] Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 138.

gli stessi criterii generali che dominano questa materia"[53]. Conclusioni analoghe per i minori delinquenti.

Inoltre, in tale contesto argomentativo, assume il valore probante della temibilità del delinquente non soltanto il delitto (naturale) compiuto, ma anche anche il tentativo[54]. *A maiori* il discorso vale per la recidiva, che, come condiviso dallo stesso Lombroso[55], si configura come determinante per l'individuazione dell'irredimibile propensione al crimine del "disadatto" e per la conseguente inflizione della pena di morte. Persino l'irrevocabilità della pena capitale, uno dei punti di forza del ragionamento degli abolizionisti, appare a Garofalo, al contrario, un elemento di pregio: "La reazione comincia e finisce in un punto, senza lasciare aperto l'uscio della falsa pietà"[56].

La "falsa pietà": su che basi Garofalo giudica fasullo un sentimento che lo stesso Lombroso aveva creduto di dover "prendere sul serio"? Ebbene, l'autore di *Criminologia*, in coerenza con i suoi strumenti empirici, ritiene che sia possibile individuare la proiezione effettiva di quel sentimento e di misurarne, per così dire, la consistenza. Occorre cioè, interrogarsi "[s]e, *nel grado presente di evoluzione del sentimento*, l'uccisione del delinquente offenda la pietà come il delitto che ha provocato la condanna"[57]. La risposta è negativa, benché "condizionata", sulla scorta del ricorso ad elementi tratti dalle statistiche di Paesi europei e da altre evidenze analoghe: in ispecie si ricorda come in Italia e in Francia le giurie popolari, per le quali Garofalo peraltro non ha alcuna simpatia, condannino a morte assai di frequente; come in Inghilterra l'opinione pubblica sia senz'altro favorevole alla pena di morte; come in Belgio e in Svizzera si siano registrate iniziative di raccolte firme per revocare la grazia, e così via[58]. Sono dati che inducono Garofalo ad affermare che "la coscienza morale pubblica *contemporanea* non è punto offesa dalla morte violenta di *alcuni* delinquenti, ma è offesa da quella di *alcuni altri*"[59], cioè che il senso morale comune del suo tempo non avverte ripugnanza per la eliminazione fisica dei criminali, purché, naturalmente, si tratti di autori pericolosi che abbiano dato prova della loro irredimibilità compiendo gravi delitti.

E infine, appunto, quali sono i crimini per i quali Garofalo propugna la comminazione della pena di morte? Il delitto capitale per eccellenza resta l'omicidio, qualificato nei seguenti modi:

a) qualsiasi omicidio volontario, non commesso per "vendicare una ingiuria immeritata od una ingiustizia *fattagli subire in qualsiasi tempo* dall'offeso, ovvero *fatta a qualsiasi persona nell'istante che precedè il delitto*"[60];

[53] Ivi, p. 230

[54] Sulla tendenza degli esponenti della Scuola positiva a qualificare il tentativo in termini fortemente soggettivi, in relazione cioè alla pericolosità dell'agente, si veda R. Isotton, "*Crimen in itinere". Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli 2006, pp. 436-437.

[55] Lombroso, *L'uomo delinquente*, cit., p. 1836.

[56] Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 46.

[57] *Ibid.*

[58] Ivi, pp. 46-47.

[59] Ivi, p. 46.

[60] Ivi, p. 447.

b) l'omicidio reiterato, cioè "commesso a più riprese"[61];
c) la "strage di più persone (esclusi i casi di rissa e difesa)", a cui sono parificati "incendio, inondazione, esplosione od altri mezzi di distruzione, tendenti allo scopo di uccidere altre persone oltre il provocatore dell'agente"[62];
d) a ciò si aggiungano, anche quando non produttivi della morte della vittima, le violenze che comportino "strazi prolungati ed atroci"[63].

Nessuna eccezione, come abbiamo già ricordato, Garofalo ammette in caso di "*imbecillità morale, pazzia morale,* od *arresto di sviluppo psichico*"[64].

Va da sé che Garofalo veda come fumo negli occhi l'impostazione di fondo del codice penale unitario in via di ultimazione. In particolare, Garofalo si scaglia, oltre che contro l'abolizione della pena di morte, anche contro la pena "*temporanea, prestabilita,* predeterminata in giorni, in mesi, in anni", ciò che egli considera un "modo di repressione vano, irrazionale e … dannoso alla società" quando posto a contrasto dei cosiddetti "delitti naturali" [65]. "Sarà così arrestata", puntualizza Garofalo citando espressamente Darwin, "quella selezione artificiale che con opera secolare, lenta, continua epurava la razza"[66].

Su questo versante, Garofalo individua in Luigi Lucchini e nella sua *Rivista penale* uno degli obiettivi prediletti di scontro. A Lucchini – il quale peraltro aveva definito la teoria dell'eliminazione una "inconsulta aberrazione"[67] – Garofalo contesta soprattutto il "principio che *i diritti sono intangibile pertinenza dell'individuo*, e quindi la *temporaneità della pena è una delle condizioni essenziali della sua legittimità*"[68]. Al contrario, secondo l'autore di *Criminologia*, il diritto dell'individuo "*può e deve essere violato*"[69] nel momento in cui esso è oggetto della reazione sociale del delitto.

Chiudiamo questa sommaria rassegna evocando infine il terzo pilastro della Scuola positiva, Enrico Ferri. Non possiamo certo dire che nella sua *Sociologia criminale*, apparsa nel 1892 come terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura criminale*, quando cioè il codice Zanardelli era ormai in vigore e gli anti-abolizionisti erano stati (almeno provvisoriamente) sconfitti, Ferri dedichi ampio o insistito spazio alla pena di morte. Quello che però risalta è l'ambiguità della

[61] *Ibid.*

[62] *Ibid.*

[63] *Ibid.*

[64] Ivi, p. 448.

[65] Ivi, p. 159.

[66] *Ibid.*

[67] Lo ricorda lo stesso Garofalo, p. 157. Il riferimento è a L. Lucchini, *Sull'antico progetto del nuovo Codice penale italiano. Considerazioni generali*, in "Rivista Penale", 15 (1881), p. 466: "… questo sistema di terrore e strage, che pur ebbe i suoi fasti nella storia, si dimostrò coi fatti che non approda ai fini del magistero penale: tant'è vero che lo spregio del diritto (e tale l'inconsulta aberrazione) si ritorce sempre a danno e rovina della società. Ormai già l'esperienza è venuta spiegando che neppur le pene capitali e perpetue comminate a' più gravi e atroci misfatti valgono a frenarne o menomarne la perpetrazione; e però esse si riducono ad essere nient'altro che uno de' maggiori ostacoli al progresso delle istituzioni repressive". Il passo di Lucchini è ricordato da Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 949. Sull'aperta ostilità, dopo una prima breve apertura di credito, nutrita da Luigi Lucchini nei confronti della Scuola positiva, si veda ancora Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., pp. 954 ss.

[68] Garofalo, *Criminologia*, p. 157.

[69] *Ibid.*

posizione del giurista mantovano sulla delicata questione.

È vero che nella sua *Sociologia* si trova la contestazione dell'efficacia deterrente della pena di morte, perché gli uomini – si sostiene sulla scia di Montesquieu e Beccaria – finiscono per assuefarsi all'orrore delle esecuzioni[70]; così come è vero anche che i dati offerti dalla statistica giudiziaria, che documenterebbero una diminuzione dei delitti (e in particolare degli omicidi) in concomitanza con il decrescere delle esecuzioni, sono letti da Ferri come una dimostrazione dell'inesistenza di un rapporto tra intimidazione e criminalità[71] (anche se Garofalo darà a questi stessi dati un'interpretazione ben diversa[72]). La pena di morte, insomma, secondo Ferri avrebbe ormai le sembianze di uno "spaventapasseri"[73], che fa paura solo di primo acchito, per poi diventare ben presto una "arrugginita arma da parata"[74]. Allo stesso modo Ferri non condivide il pessimismo espresso da Garofalo sui paventati effetti sulla criminalità legati all'opzione abolizionista del codice Zanardelli[75]: ci vuole ben altro che un articolo di legge, riflette Ferri, per incutere timore a un delinquente, specialmente in Italia, dove l'opinione pubblica ha ormai introiettato la lunga prassi di mancata esecuzione delle condanne capitali[76].

Sembrerebbe quindi quanto meno dubitativa la posizione di Ferri sulla bontà, per così dire, della pena capitale. Del resto, nella stessa *Sociologia* ferriana troviamo l'affermazione di principio secondo la quale si sostiene che, oltre ad essere giuridicamente legittima sul piano della difesa sociale, "[s]arebbe … conforme … la selezione artificiale, che la società venisse facendo al proprio seno, coll'estirpare gli elementi nocivi alla propria esistenza, gli individui antisociali, non assimilabili, deleterii"[77].

Ma il paradosso è dietro l'angolo. Ferri avverte che la pena di morte produrrebbe l'efficacia attesa solo se applicata "seriamente". Sulla base di calcoli approssimativi, viene evocato il numero impressionante di esecuzioni compiute nel medioevo e in età moderna[78], ritenute, quelle sì, "applicazioni serie della pena di morte", a cui viene

[70] E. Ferri, *Sociologia criminale*, Torino 1882, pp. 307-308.

[71] Ivi, pp. 279-280.

[72] Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 386-387.

[73] Ferri, *Sociologia criminale*, cit., p. 729: "La pena di morte, così com'è ora, fa l'effetto di quei fantocci messi nei campi seminati per spaventare gli uccelli". I passi in cui Ferri parla della pena capitale sono ricordati da Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, cit., pp. 106-107.

[74] Ivi, p. 731.

[75] Ivi, pp. 729-730: "È appunto per ciò che io non credo fondato il timore del Garofalo e di altri che la *notizia* dell'abolizione legale possa produrre effetti perniciosi sul nostro popolo immaginoso ed ignorante, poiché sarà pur sempre vero che questo popolo bada non già alle formule legislative, ma alle applicazioni pratiche e quotidiane di esse".

[76] Ivi, p. 729: "… come volete che i malfattori abbiano paura di un articolo del codice, se poi vedono che in pratica il carnefice non lo eseguisce mai?".

[77] Ivi, p. 724. Cfr. S. Jay Gould, *Intelligenza e pregiudizio. Contro i fondamenti scientifici del razzismo*, Milano 2005, p. 142.

[78] Ivi, p. 730: "… nel ducato di Ferrara dal 970 al 1869 … ho rilevato che, tralasciando il nostro secolo, in 800 anni nella sola Ferrara si sono giustiziati 5627 individui; vale a dire 700 in media per secolo. E a Roma … dal 1500 al 1770 furono giustiziate 5280 persone, cioè 1955 ogni secolo, nella sola città di Roma! (…) Ora, se si fanno le debite proporzioni della estensione e popolazione del ducato di Ferrara e della città di Roma con tutta Italia, noi arriviamo ad una cifra enorme di suppliziati

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 25

annesso un risultato decisamente positivo, cioè quello di "un risanamento parziale della società, liberata da tanti esseri pericolosi, che altrimenti avrebbero moltiplicata, assai più, la loro razza criminale"[79]. Ma non basta: Ferri azzarda anche la cifra di esecuzioni capitali che in Italia dovrebbero essere eseguite (seriamente…) per potersi attendere un benefico effetto di "selezione artificiale": almeno 1500 l'anno![80]

Certo, non sfugge il valore argomentativo di questa provocatoria affermazione, esibita per dimostrare l'impossibilità pratica di ricorrere a tale pena in tempi "normali" come quelli di fine Ottocento, in cui è senz'altro più ragionevole adattarsi a succedanei come l'ergastolo e la deportazione[81]. Lombroso stesso, sentitosi punzecchiato, contesterà la "beccheria" a cui si voleva polemicamente ridurre la pena capitale[82]. Insomma, si ha l'impressione che Ferri, dopo l'entrata in vigore del codice Zanardelli, voglia dissociare la Scuola positiva dalle posizioni di retroguardia in tema di pena capitale, ritenute ormai inutili e persino controproducenti per l'affermazione della sociologia criminale.

Esiste qualche buon motivo, in definitiva, per ritenere che Ferri non possa essere schierato tra gli abolizionisti *tout court*, come invece fa Alfredo Rocco, pur retrospettivamente e con i distinguo del caso:

> Ma la necessità della pena di morte non si desume soltanto dalla sua innegabile efficacia, ma anche dal fatto che la coscienza pubblica in un determinato momento storico la reclami come necessaria. Quando ciò avviene, solo la pena suprema è capace di soddisfare il sentimento pubblico e di evitare le reazioni extra legali contro il delitto. Tale è appunto il caso dell'attuale momento storico, come dimostra l'esperienza dell'ultimo anno, esperienza così conclusiva, che essa ha convinto perfino, sia pure parzialmente e per motivi contingenti, decisi e antichi avversari della pena di morte, come Enrico Ferri[83].

Il passo di Rocco è tratto dalla sua relazione al disegno di legge a *Provvedimenti per la difesa dello Stato* del 5 novembre 1926 (quel medesimo testo normativo illustrato in Senato proprio da Raffaele Garofalo…[84]), con i quali viene reintrodotta, tra l'altro, la pena capitale[85].

In quello stesso 1926, nelle pagine de *La Scuola positiva*, Enrico Ferri conferma sì la sua contrarietà alla massima sanzione per i reati comuni[86], ma si dichiara favorevole al

nei secoli scorsi, che io credo non inferiore ai 400 ogni anno".

[79] *Ibid.*

[80] Ivi, p. 727: "O si vuole dalla pena di morte ricavare una qualche utilità, per esempio l'unica efficacia di essa qual è la selezione artificiale, allora bisogna applicarla sul serio ed avere il coraggio di uccidere, in Italia, ogni anno più di 1500 individui".

[81] Ivi, pp. 731-751.

[82] Lombroso, *L'uomo delinquente*, cit., p. 1836: "Né si dica col mio carissimo Ferri che, per esser pratica la pena di morte dovrebbe essere una vera beccheria, che naturalmente ripugna allo spirito moderno…".

[83] A. Rocco, *La formazione dello Stato fascista. Scritti e discorsi…, 1925-1934*, Milano 1938, III, p. 853.

[84] Colao, *Il delitto politico tra Otto e Novecento. Da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, Milano 1986, pp. 343-344; G.Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, cit., pp. 137-138.

[85] G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, cit., pp. 93 ss. Si veda anche M. Stronati, *La grazia e la giustizia durante il fascismo*, in L. Lacchè, (cur.), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma 2015, pp. 134-136.

[86] E. Ferri, *La prevenzione della criminalità*, in "Scuola positiva", n.s., 6.1 (1926), pp. 111-112.

suo ripristino per i reati "straordinari" di matrice politica:

> Richiesto di esprimere pubblicamente il mio pensiero su tale questione, invece di adagiarmi in un comodo, ma poco leale silenzio, espressi apertamente il mio consenso per il ristabilimento della pena capitale contro gli attentati omicidi al Re e al Capo del Governo, come soddisfazione data alle apprensioni di un eccezionale momento storico[87].

Ferri chiarisce quindi il suo pensiero ribadendo per un verso come avesse sempre ritenuto che la pena di morte, "scritta dalla natura in ogni angolo dell'universo e in ogni momento della vita mondiale", non fosse di per sé antigiuridica, e anzi come la primaria esigenza della legittima difesa ne fosse il fondamento condiviso non solo dalla dottrina di Romagnosi e Carrara, ma anche da quella di Beccaria, che ne ammetteva il ricorso in vista della suprema difesa dell'organismo politico[88]; per l'altro non rinunciando ad esprimere la sua sfiducia, suffragata da dati statistici inequivocabili[89], circa la reale idoneità della pena capitale a fungere da fattore deterrente[90]. Il suo consenso, si spiega, è dettato dalla condivisione delle ragioni contingenti che stanno alla base della scelta del regime: la necessità, per un governo "che ha per caratteristica la riaffermazione dell'autorità e della forza dello Stato", non soltanto di "rispondere alle apprensioni di un momento storico", ma soprattutto di "dare un'espressione di questa forza sovrana", cioè di ricorrere all' "affermazione solenne e dinamica della forza di Stato, che vuole difendere la esistenza propria e quella del popolo, che lavora al miglioramento dei proprii destini"[91].

Conclusione tetra di una parabola scientifica (e politica) di grande risonanza: Ferri e Garofalo, dopo le divisioni registrate nel 1895 nelle *Discordie positiviste socialiste*[92] e ne *La superstizione socialista*[93], giungono al traguardo dell'adesione al fascismo nuovamente riuniti, pur con i distinguo di cui si è detto, nella condivisione del ripristino della pena capitale.

[87] E. Ferri, *Pena di morte e difesa dello Stato*, ivi, p. 390. Cfr. Mereu, *La morte come pena*, cit., p. 182; F. Colao, *«Un fatale andare»*, cit., p. 150. Sulla convergenza di Ferri all'ideologia fascista della "difesa dello Stato", si veda F. Colao, *Il delitto politico*, cit., pp. 345-351 (in particolare sulla necessità della pena di morte per i delitti politici più gravi sostenuta da Ferri, ivi, pp. 349-350) e G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, cit., pp. 43-44. Sulla convergenza di Ferri medesimo, e con lui della residuale Scuola positiva, al diritto penale fascista ben presto incarnato nel codice penale del 1930, E. Dezza, *Le reazioni del positivismo penale al codice Rocco*, in S. Vinciguerra, (cur.), *Il codice penale per il Regno d'Italia. Codice Rocco*, rist. an., Padova 2010, pp. XXXIX ss., e F. Colao, *«Un fatale andare»*, cit., pp. 129 ss.

[88] E. Ferri, *Pena di morte e difesa dello Stato*, cit., p. 392.

[89] Ivi, pp. 391-391.

[90] Ivi, p. 393.

[91] Ivi, p. 394.

[92] E. Ferri, *Discordie positiviste sul socialismo*, Palermo 1895.

[93] R. Garofalo, *La superstizione socialista*, Torino 1895.

Historia et ius - ISSN 2279-7416
rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 26

Cristina Ciancio

Requiescant in pace. Alcune osservazioni sulla protezione del cadavere nel Regno d'Italia

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'estrema soglia, morte e sfide del diritto – 3. La nozione di cadavere e le scelte dei codici – 4. Sentimenti religiosi, salubrità dell'aria o pubblica morale. A che titolo interviene il codice penale? – 5. Definire per proteggere, e la morte di chi non ha mai vissuto.

"Ora se l'uomo pel suo genio, per le sue opere deve essere tenuto in tanta considerazione, dovrà anche la sua spoglia mortale meritare rispetto; e ciò', a nostro parere, hanno da riconoscere per cosa giusta sia quelli che l'anima col corpo morta fanno (sebbene resti il non omnis moriar pei fatti compiuti), e che quindi considerano il cadavere umano men che una cosa, e sia coloro massimamente, li quali hanno fede nell'immortalità dell'anima, e devono perciò riguardare i resti mortali dell'uomo, quale oggetto di pietà, di tutela e di culto"
L. Garbasso, *Del diritto di sepolcro nel diritto romano, nel diritto canonico e nel giure moderno*, Casale 1893, p. 7.

"Certo è che il culto e il pensiero dei morti è similissimo in parti ed in epoche molto lontane: segno che siamo vicini a qualche cosa di essenziale nell'uomo, nell'universale"
A. Capitini, *Religione aperta*, III ed, Roma Bari, 2011, p. 22

1. Introduzione

L'antropologo David Le Breton, ha definito il corpo come "la souche identitaire de l'homme", ed a partire da questo concetto si può comprendere anche il valore che ciascuno attribuisce al proprio cadavere[1]. È con il corpo che comunichiamo e decodifichiamo gli stimoli e le esperienze, ed è con il corpo che entriamo in relazione con il mondo che ci circonda[2]. Cionondimeno il rapporto che l'uomo instaura con il cadavere non ne è completamente la diretta conseguenza. Esso si arricchisce di alcune componenti e ne smarrisce altre, dando vita ad una complessità tale da impedirci una fluida trasposizione di categorie e valori dal corpo vivo al corpo morto. Così, nel rapporto dell'uomo con il cadavere, spoglia estrema di questa sua corporeità, si inserisce con prepotenza la dimensione spirituale della condizione umana, in tutta la sua drammatica e conflittuale inscindibilità rispetto a quella fisica. Perché in realtà il cadavere è protetto, rispettato, temuto, amato o odiato proprio nella misura in cui invece si ritiene conservi, trattenga, una dimensione spirituale, l'impronta non solo fisica dell'umanità che lo aveva abitato. Francis Martens[3] ha ricordato che la regolazione della protezione del cadavere coinvolge in primo piano la dimensione giuridica e il suo ruolo in uno degli aspetti identitari più importanti per un sistema culturale, vale a dire quello della negoziazione della divisione degli spazi riservati ai vivi

[1] D. Le Breton, *Le cadavre ambigu : approche anthropologique*, in "Études sur la mort", 2006/1, p. 80.

[2] Cfr. D. Le Breton, *L'appartenance du corps*, in S. Canestrari-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Rodotà-P. Zatti, (curr.), *Il Governo del corpo*, Milano 2011, I, pp. 77-98.

[3] F. Martens, *Barnum de cadavres*, in "Le Coq-héron", 2010/4, pp. 123-125.

e di quelli riservati ai morti, e che non si esaurisce nei soli riti funebri. E ancora Le Breton, ha ribadito che il cadavere, in tutte le culture e in tutte le epoche, è sempre stato accompagnato da cure e riti funebri, e il corpo morto non è mai stato concepito come una spoglia indifferente a causa del venir meno della vita. Per Le Breton, infatti, esso conserva intatta, se non la sua personalità ed ancor meno una personalità nella sua dimensione giuridica, certamente l'impronta e il significato antropologico del rapporto vita/morte, e sarebbe, pertanto, in questa chiave che andrebbe trovata la ratio del dover essere della sua protezione anche giuspenalistica.

Già nel 1907, l'antropologo e sociologo Robert Hertz ricordava come "quand il s'agit d'un être humain, les phénomènes physiologiques ne sont pas le tout de la mort"[4], e studi recenti riconoscono ancora proprio a questo studioso la prima teorizzazione sistematica di come l'analisi del trattamento del cadavere e dei suoi resti possa fornire elementi cruciali per comprendere il significato che una data società riconosce alla morte ed al valore stesso della vita[5]. In seguito, Louis-Vincent Thomas, a fine anni Settanta, proseguendo in questo solco, asserì che "la morte, o almeno l'uso sociale che ne viene fatto, diventa uno dei grandi indicatori delle società e delle civiltà, quindi uno strumento per criticarle e per studiarle in profondità"[6]. Un significato talmente cruciale quello del confronto tra i vivi e la morte, che porterà in quegli stessi anni Richard Huntington e Peter Metcalf a sostenere che la stessa idea di anima, e quindi di religione intesa come sua immediata conseguenza, troverebbe la sua più antica origine nelle prime riflessioni sul destino dei defunti[7].

Una vasta storiografia ha indagato e indaga gli atteggiamenti culturali nei confronti della morte, offrendo chiavi di lettura diacroniche a dilemmi che investono l'uomo e le sue società nella loro stessa identità[8]. I legami strettissimi che tutte le società hanno da sempre percepito tra vita e morte, non solo in quanto categorie concettuali, ma anche nella loro ciclica dimensione fisica e spaziale, sono stati oggetto di numerosi studi, evidenziando come la morte – condizione essenziale al riprodursi della vita e alla sua rigenerazione – sia un concetto logicamente connesso con la stessa coscienza della vita

[4] R. Hertz, *Contribution à une étude sur la représentation collective de la mort*, in "L'Année Sociologique", 1905-1906, p. 48.

[5] A. Favole, *Resti di umanità: vita sociale del corpo dopo la morte*, Roma-Bari, 2003, p. 21.

[6] L.V. Thomas, *Morte e Potere*, Torino 2006 (ed. originale *Mort et pouvoir*, Paris 1978), p. 18.

[7] R. Huntington– P. Metcalf, *Celebrazioni della morte. Antropologia dei rituali funerari*, Bologna 1985, p. 57, ma vedi anche F. Campolongo, *I delitti contro la religione e la pietà dei defunti: studio di storia e di legislazione*, Napoli 1931, p. 78.

[8] Oltre ai classici P. Ariès, *L'homme devant la mort,* Paris 1977 e M. Vovelle, *La mort et l'Occident de 1300 à nos jours*, Paris 1983, si possono ricordare i lavori di Anne Carol, tra i quali in particolare *Les médecins et la mort. XIX^e- XX^e siècle*, Paris 2004; *La mort « vécue », entre littérature et médecine*, in R. Bertrand-A. Carol-J.N. Pelen (curr.), *Les narrations de la mort*, Aix-en-Provence 2005, nonchè, su questa corrente storiografica aperta da Michel Vovelle, l'avant-propos dei curatori, pp. 5-14, e, più recente, *L'Embaumement, un passion romantique. France, XIXe siècle*, Paris 2015. In Italia un nuovo impulso agli studi sulla morte come chiave di lettura dei più profondi nodi legati anche alla cultura giuridica, si ritrova nel lavoro recente di M. Cavina, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Bologna 2015, del quale, in particolare, si rinvia all' *Introduzione*, pp. 8-11, dove l'A. propone anche un diverso rapporto con la storia della medicina e le periodizzazioni tradizionali, soprattutto dal punto di vista delle continuità e discontinuità riscontrabili in un tema come questo, che hanno caratterizzato a lungo la relativa letteratura.

come bene limitato[9]. Legami forti, dunque, cicliche interconnessioni, ma anche ricerca affannosa di confini sicuri da tracciare tra due mondi che non possono ammettere percorsi a doppio senso, direzioni invertite.

2. L'estrema soglia, morte e sfide del diritto

Il cadavere, giuridicamente parlando, è un rebus. Non è più soggetto, ma non è un oggetto, una cosa; non è propriamente un bene immateriale, ma la sua consistenza naturalistica non è apprezzabile dall'ordinamento come qualsiasi altro residuo di vita organica. Dal cadavere l'ordinamento deve proteggere la comunità, a causa dei gravi danni provocati da miasmi ed epidemie di cui esso è un veicolo, e al tempo stesso il cadavere deve essere protetto da quello stesso ordinamento dagli oltraggi e dalle offese da parte dei membri di quella medesima comunità. Il cadavere può fornire elementi di prova in caso di crimini di sangue, e garantire l'accertamento della giustizia a tutela della vita e della sicurezza collettiva, ed è la fonte da secoli ritenuta la più preziosa per la conoscenza stessa della natura umana, della sua meravigliosa fisiologia come dei modi per prevenirne o curarne le patologie. Ed è molto più antica di quanto comunemente non si creda anche quella che è stata chiamata *Corpse Medicine*, la pratica di ricorrere ai cadaveri per estrarre fluidi o tessuti ritenuti utili alla cura delle malattie[10]. Eppure la tutela dell'integrità del cadavere e della sua naturale destinazione alla pace di una indisturbata sepoltura, hanno rappresentato, e rappresentano ancora oggi, valori giuridici che non si sottomettono affatto né immediatamente né facilmente a quelli relativi alla persecuzione dei crimini, alla didattica e ricerca medico-scientifica, alla cura delle malattie.

Il Diritto, però, ha sempre avuto bisogno di un confine certo per poter applicare un regime giuridico solo parzialmente in continuità con quello a tutela della vita umana e della persona. Un confine difficilissimo da tracciare se, nel 1860, la Corte di Cassazione a Parigi, in linea con una ricca dottrina, precisò che "le mot personne, dans le langage du droit, ne désigne jamais qu'une personne vivante"[11]. Mentre, di avviso contrario, André Dupin, procuratore generale presso la Cour de cassation, aveva sostenuto che "l'expression de personne est susceptible d'une interprétation large; dans sa signification générale, elle comprend l'idée de la personnalité humaine, envisagée sous tous ses aspects, même au-delà du tombeau; elle s'applique à la personne décédée aussi bien qu'à la personne qui existe encore"[12].

Gli antropologi hanno studiato un certo numero di società nelle quali "le cadavre demeure la 'personne' ", e la separazione dall´anima o la perdita di coscienza non vengono considerati elementi essenziali capaci di porre fine all´esistenza di una persona, giustificandosi così le molte cure ed attenzioni che vengono prestate alle

[9] A. Favole, *Resti di umanità ,* cit., p. 8 e ivi la relativa bibliografia.

[10] R. Sugg, *Good Physic but Bad Food": Early Modern Attitudes to Medicinal Cannibalism and its Suppliers*, in "Social History of Medicine", XIX (2006), pp. 225-240; R. Sugg, *Mummies, Cannibals and Vampires. The History of Corpse Medicine from the Renaissance to the Victorians*, Abingdon-New York 2011

[11] Cour de Cassation, Arret du 19 mars 1860, citato in G. Timbal, *La condition juridique des morts*, Toulouse 1903, p. 10 e nota n. 1.

[12] Riportato in G. Timbal, *La condition juridique*, cit., p. 17 e nota n. 1.

spoglie umane[13]. Ma se, come ha ribadito David Le Breton, "le cadavre ne perde pas son statut anthropologique" nemmeno nella cultura occidentale[14], nei nostri ordinamenti giuridici il presupposto della personalità giuridica è sempre l´esistenza, e l´ordinamento non consente una sua persistenza dopo la morte: spentasi la vita, non si può più essere portatori di propri interessi, anche se nemmeno per il diritto si esaurisce "impronta e residuo" della vita che c´è stata[15]. Nella considerazione giuridica, la persona è l'indissolubile combinazione di un elemento spirituale ed uno corporeo, e la morte si pone come l'evento che spezza questa fusione, segnando il venir meno della persona. Il corpo muta completamente nella sostanza e nella funzione, non è più, quindi, elemento costituente della persona, ma diviene cadavere[16]. La fusione tra l'elemento materiale e quello spirituale che dà vita alla personalità umana, è tale da non permettere, come affermavano Paolo Emilio Bensa e Carlo Fadda nelle loro Note al *Diritto delle Pandette* del Windscheid, di riconoscere come soggetto di qualunque diritto "l'anima e il corpo, o la somma di questi", ma solo ed esclusivamente la loro indissolubile combinazione[17]. Nondimeno, la condizione che il corpo assume divenendo cadavere, non corrisponde affatto ad un'assenza di considerazione da parte dell'ordinamento giuridico, che, al contrario, pone immediatamente il cadavere sotto la sua tutela e ne fa oggetto di una specifica disciplina con risvolti di tipo civilistico, penalistico ed amministrativo.

Si è di recente denunciato quanto i giuristi "non riescano solitamente ad andare al di là della nozione freddamente – è il caso di dirlo – disumana del cadavere"[18]. Questo approccio li avrebbe condotti a concentrarsi sui "profili di discontinuità dal corpo umano vivente e a rimanere invece indifferenti in ordine ai profili di continuità", in una concezione ingabbiata dal formalismo giuridico nelle maglie della dicotomia netta tra il corpo umano della persona e il cadavere, ovvero tra una componente inscindibile del soggetto di diritto e ciò che non è più nulla, come scriveva Marcel Planiol negli anni Venti[19].

Una impostazione che oggi viene rimessa in discussione, considerata retaggio di una chiusura dogmatica del formalismo giuridico, e a vantaggio, invece, di una considerazione del "corpo inanimato" in maggiore continuità anche giuridica rispetto alla componente fisica della persona umana, soprattutto in quanti, anche sulla scorta delle scelte fatte negli anni Novanta dal legislatore francese[20], vorrebbero rivedere

[13] D. Le Breton, *Le cadavre ambigu,* cit., p. 80.

[14] Ivi, pp. 84-85.

[15] A. De Cupis, *Cadavere (Diritto sul)* in *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino 1968, p. 658.

[16] Ivi, p. 657.

[17] P. E. Bensa-C. Fadda, *Note dei Professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa ai libri I Del diritto in generale, II Dei diritti in generale*, in B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Torino 1926, IV, p. 128. Cfr. F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenbrechts di B. Windscheid*, Torino 2016.

[18] F.D. Busnelli, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in S. Canestrari-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Rodotà-P. Zatti, (curr.), *Il governo del corpo*, cit., II, p. 2138.

[19] F.D. Busnelli, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, cit., p. 2139. L'A. nella nota n. 5, cita di Marcel Planiol e Georges Ripert il *Traité élémentaire de droit civil*, XI ed, Paris 1928, I, p. 144.

[20] Il Codice penale francese entrato in vigore nel 1995, infatti, ha inserito il vilipendio di cadavere e gli oltraggi alle spoglie mortali e al loro ultimo asilo, in una sezione intitolata *Atteintes au respect dû aux*

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 26

questa classe di reati tra quelli lesivi della dignità della persona, e non più di un impalpabile, e per alcuni fortemente ideologico[21], valore collettivo etico-sociale. Ed in questa direzione si possono leggere anche le parole di Ferrando Mantovani, quando spiega che con la morte il cadavere diviene "la proiezione ultraterrena della persona umana e, perciò, conserva una sua connaturata dignità umana, che lo rende incomparabilmente diverso da tutte le altre cose"[22].

Nemmeno il diritto, dunque, sfugge alla 'porosità' del confine tra vita e morte anche nella sua dimensione fisica, e il cadavere mantiene una certa impronta della vita che lo ha abbandonato, nell'impossibilità, ad esempio, di essere, come già per il corpo vivente, oggetto di diritti privati patrimoniali, e va quindi classificato tra le cose *extra commercium*. La commerciabilità, infatti, sarebbe in netto contrasto con tale residua essenza del cadavere e ne lederebbe la dignità comunque umana che in ciò gli viene riconosciuta. Resti di umanità e non semplici residui organici, come li descrive Adriano Favole, e in cui "risuona ancora, anche se in dissolvenza, l'eco dell'umanità in essi scolpita"[23]. Un principio, di per sé astrattamente pacifico, che invece la dottrina giuridica italiana ha trovato molto complesso da elaborare nel concreto, provocando svariati conflitti tra ordini di valori nei tentativi di applicarlo all'interno di una tutela coerente[24]. Una tutela che, possiamo dirlo subito, si è sempre proposta come obiettivo finale e imprescindibile di assicurare ai cadaveri quella che era considerata la loro destinazione naturale, ovvero la pace della tomba e di un ultimo asilo, mutando – lungo il corso del tempo – nel titolo e negli strumenti, ma mai nella sostanza [25].

Al fondo di questo complesso percorso che fu culturale e dottrinale almeno quanto legislativo e giurisprudenziale, e che si dovette affrontare per cercare di fornire una risposta giuridica a problemi che sembravano in tutti i modi sfuggire a qualsiasi giuridica classificazione, sembra di potersi individuare un trasversale, probabilmente inconscio, bisogno di introspezione, a livello collettivo così come a livello individuale, piani che, è bene ripeterlo, si imposero sempre in parallelo alle preoccupazioni di legislatori e giuristi. Il cadavere ci appare come uno specchio nel quale ogni individuo si osserva non meno di quanto lo faccia la società a cui appartiene, sebbene non sempre con la stessa fedeltà. Il cadavere rappresenta la proiezione di se stessi nella più indifesa delle condizioni, e sul cadavere sembrano ritrovarsi istanze condivise di solidarietà e umana pietà che nei confronti dei vivi, anche i più miseri e fragili, si hanno molte più difficoltà a raggiungere.

In questa sede si tenterà di offrire una prima panoramica sulle diverse posizioni emerse in tema di oggetto di questa specifica protezione penalistica, tra sepolture

morts, e nel capo dedicato a *Atteintes à la dignité de la personne*.

[21] Cfr. V. Mormando, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, Padova 2005*,* cit., p. 330.

[22] F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974, p. 340, citato anche in A. Rossi Vannini, *Pietà dei defunti (delitti contro)*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino 1995, IX, p. 573 e V. Mormando, *I delitti contro il sentimento religioso,* cit., p. 295.

[23] A. Favole, *Resti di umanità,* p. 22.

[24] Sulla extracommerciabilità del cadavere, cfr. V. Manzini, *Libertà d'industria e commercio degli scheletri umani*, in "Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", II, (1912), pp. 607-620; nonché, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1950, V, p. 9 e nota n. 2.

[25] A. De Cupis, *Cadavere,* cit., p. 658.

genericamente intese e una crescente più specifica considerazione del cadavere e di una sua tutela da far prevalere non solo in relazione ai rituali funerari e ai loro spazi. A tal proposito si farà riferimento anche all'influenza che su questo aspetto della disciplina penalistica ebbero le diverse scelte che i codici penali italiani fecero circa la rubrica in cui inserire questi reati, e quindi circa i beni e i valori giuridici a tutela dei quali si intendevano punire le offese e gli oltraggi alle spoglie mortali dei defunti. Si cercherà, infine, di accennare all'intreccio di posizioni dottrinali, scelte legislative e pronunce giurisprudenziali che nei cento anni circa di vita del Regno d'Italia si sono confrontati e scontrati con la difficile definizione di cadavere ai fini della tutela penalistica accordata dal reato di vilipendio di cadavere, con particolare riferimento ai casi delle spoglie dei feti, dei bambini già morti al momento del parto o nati con gravissime deformità, i così detti "mostri", oppure degli scheletri, di sole singole ossa o parti di cadaveri.

3. La nozione di cadavere e le scelte dei codici

In tema di norme giuridiche penali applicabili ai cadaveri, una delle più importanti svolte moderne venne realizzata dalle riforme della Francia rivoluzionaria, ed è stata certamente l'affermazione del principio del divieto di qualsiasi supplizio o sanzione legale nei confronti delle spoglie mortali degli imputati o criminali condannati, una pratica lungamente difesa dai pratici tedeschi che si ispiravano al principio *male tractando mortuos terremus et viventes*, e divenuta tipica nell'Ancien Règime[26]. Si affermava finalmente il principio che la morte dovesse estinguere "così il reato come la pena, tanto il rapporto d'imputazione, quanto quello di punizione"[27]. Eugenio Florian[28], aprendo un ricco paragrafo dedicato alla nozione di cadavere del suo contributo sui delitti contro la pietà dei defunti del celebre *Trattato* da lui stesso coordinato, precisava:

> Nei tempi moderni la legge penale non più colpisce il cadavere (non altro che nefasti ricordi sono oramai i processi ai cadaveri) bensì lo protegge sempre; non si occupa del cadavere che per proteggerlo[29].

L'art. 8 della legge del 3 brumaio anno IV, e l'articolo 2 del *Code d'istruction criminelle* del 1808 che lo riprodusse, infatti, fissarono che «l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu». Gli articoli 84 e 85 di quel *Code civil* destinato ad influenzare tutta Europa, inoltre, stabilirono che in caso di morti nelle prigioni o di condannati a morte, nessuna menzione andava fatta nei registri dello stato civile, e i relativi atti di decesso andavano compilati secondo le medesime formalità prescritte per tutti gli altri. Nondimeno, le riforme rivoluzionarie e poi napoleoniche non riuscirono subito a debellare definitivamente questa triste pratica. Con il Codice

[26] Per una sintesi, F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris 1866, II, § 971.

[27] V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Torino, 1981, I, p. 570. Su questo argomento, si rinvia al contributo di Marco Nicola Miletti in questa medesima raccolta di saggi, dal titolo Ultima Linea Rerum. *La morte dell'imputato nel processo penale italiano tra Otto e Novecento*.

[28] Cfr. F. Colao, *Florian*, *Eugenio,* in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M. N. Miletti, (curr), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, I, pp. 463-464.

[29] E. Florian, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti: Delitti contro la libertà individuale*, *titolo IV e titolo IX del libro II del Codice Penale*, Milano 1936, p. 245.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 26

penale per gli stati di Sua Maestà il Re di Sardegna del 1840, l'art. 135, riprodotto nell'art. 131 nel codice del 1859 e poi nel 1865, stabiliva che la morte del reo fosse una causa di estinzione del reato e della pena, con alcune riserve che ne svuotavano in modo significativo la portata. Nel caso in cui un condannato a morte fosse deceduto prima che fosse possibile procedere all'esecuzione, "l'esecutore di giustizia affiggerà ad una colonna nel luogo a ciò destinato un cartello, in cui siano scritti a grandi caratteri il nome, il cognome, il soprannome se ne ha, la professione, la patria, il domicilio del condannato, il crimine e le sue qualità, la pena pronunziata e la data della sentenza", su di un cartello che si doveva lasciare esposto per non meno di tre ore[30]. Per questo motivo, in Italia si dovette attendere l'art. 85 del Codice penale del 1889, che recitava "la morte dell'imputato estingue l'azione penale", nonché "la condanna anche alla pena pecuniaria non soddisfatta, e tutti gli effetti penali della condanna medesima", lasciando persistere la sola esecuzione delle confische, e che, finalmente, non prevedeva più riserve o eccezioni a questo principio[31]. Questo articolo, infatti, come sottolineava Giulio Crivellari nelle sue annotazioni al Codice Zanardelli, si proponeva di far rientrare definitivamente l'estinzione della pena con la morte del reo come applicazione del principio in base al quale una pena per essere giusta non dovesse essere aberrante, quale invece si sarebbe rivelata se applicata ad un defunto[32]. Più preciso, il Codice Rocco, che agli artt. 150 e 171, stabiliva, rispettivamente, che il decesso avvenuto prima della condanna estingue il reato, e se verificatosi dopo, estingue la pena[33].

---

[30] *Codice penale per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna*, 1840, art. 15, rimasto immutato nel Codice penale per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna del 1859, poi esteso alle altre province del Regno d'Italia dopo l'unificazione.

[31] Diversamente dal codice sabaudo, Il *Codice penale pel Granducato di Toscana* del 1853, vigente in quella provincia anche dopo l'unificazione fino al nuovo Codice penale del 1889, all'art. 86 stabiliva: "La morte del delinquente estingue l'azione penale e la pena: ma la sentenza divenuta eseguibile, lui vivente, la quale lo condannò nella multa, nella confisca di oggetti determinati dalla legge, nelle spese processuali, e nei danni, ha il suo effetto contro gli eredi di lui", e senza ulteriori riserve. Nel 1852, nelle province austriache del nord della penisola fu pubblicato un nuovo codice penale, opera meditata in cui si era cercato di infondere riflessioni ed esperienze giurisprudenziali di circa mezzo secolo, quel mezzo secolo trascorso dall'emanazione del precedente codice penale nel 1803. «Semplicità, umanità e giustizia, erano caratteri che nessuno poteva mettere in dubbio» secondo Filippo Ambrosoli, che ne aveva lodato l'impianto e le scelte legislative (F. Ambrosoli, *Studi sul codice penale toscano confrontato specialmente coll'austriaco*, Mantova 1857, p. 7). In tale *Codice penale dei crimini, dei delitti e delle contravvenzioni* del 27 maggio 1852 per l'Impero d'Austria, cui in parte il codice toscano si ispirava, si regolavano gli effetti della morte dell'imputato e del reo, ai §§ 223, 224, e 527. In particolare, il § 223 riporta con il comma a) la morte del reo come causa di estinzione del crimine; il § 224 recita: "La morte del reo, sia essa avvenuta prima o dopo intrapreso il processo, prima o dopo proferita la sentenza, fa bensì cessare la persecuzione del reo e l'applicazione della pena; ma la sentenza già pubblicata conserva la sua efficacia rispetto alla perdita del diritto di disporre liberamente della sostanza, incorsa giusta il § 27, lett b)"; § 527: "La morte del colpevole fa cessare ogni processo e tutti gli effetti della sentenza che già fosse stata pronunciata, ad eccezione dei diritti di risarcimento o d'indennizzazione che fossero già stati aggiudicati".

[32] G. Crivellari, (cur.), *Il Codice penale per il Regno d'Italia corredato di brevi Avvertenze e note ad ogni Libro e ad ogni Titolo, delle referenze agli articoli del Codice stesso, nonché dei Codici Sardo, Toscano, delle Due Sicilie, Parmense, Estense, Pontificio, Francese, Austriaco, delle Leggi speciali punitive vigenti e di un Indice alfabetico-analitico*, Roma-Torino-Napoli, 1889, p. 41.

[33] V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., cit., I, p. 573.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 26

Nel XIX secolo, pertanto, il cadavere, di chiunque fosse, per l'ordinamento giuridico poteva essere esclusivamente oggetto di tutela. Una tutela ispirata da rispetto e devozione nei confronti delle spoglie mortali degli uomini e, al tempo stesso, definitivamente liberata da reminiscenze di antichi timori di vendette e ripercussioni sulla comunità dei vivi da parte di divinità a vario titolo irate[34]. Sulla natura di questa tutela, però, civilistica, penalistica o affidata a dei regolamenti, sulla sua *ratio*, sugli interessi e sui valori in gioco (religiosi, igienici, di ordine pubblico, ecc.) e sulla sua latitudine (il sepolcro pieno o anche vuoto; il cadavere integro o anche solo le sue parti; la sensibilità individuale o collettiva dei superstiti), era ancora tutto da stabilire.

Come definire, innanzitutto, ciò che doveva essere inteso come cadavere ai sensi della speciale protezione penalistica che l'ordinamento intendeva accordargli? E come distinguere una tale nozione da altre che pure si riferivano alle conseguenze giuridiche della morte, ma che attenevano ad ordini di valori e relative tutele completamente diversi?

L'esigenza di raggiungere una più precisa nozione di 'resti', categoria ontologicamente ambivalente, non ha solo una valenza di tipo giuridico, ma è stata oggetto anche di specifici studi antropologici dei quali appare utile tener conto[35]. L'orrore e la repulsione che da sempre le spoglie mortali hanno suscitato non hanno, infatti, impedito il parallelo riconoscimento della loro forte impronta affettiva, e di una dimensione di sacralità trasversale a qualsiasi culto specifico che immediatamente acquistano in quanto tali. Definire cosa sia precisamente un 'cadavere' significa, pertanto, anche enucleare all'interno delle molte forme che le spoglie mortali possono assumere quella parte che tale carica affettiva continua ad evocare nei superstiti in relazione con il defunto, e che tale sacralità sia capace di rivestire agli occhi anche di una indeterminata collettività.

Sotto il profilo dell'evoluzione normativa, un logico punto di partenza anche per l'esperienza italiana può essere colto nella legislazione napoleonica, che recepì ed integrò le profonde svolte giuridiche e culturali auspicate dall'illuminismo e confluite nelle riforme della Francia post rivoluzionaria, da cui tutta l'Europa dovette ripartire all'indomani del Congresso di Vienna. Una legislazione, per ciò che più ci riguarda, che venne direttamente introdotta in molti stati preunitari della penisola, nonché in gran parte assorbita dai primi codici del Regno d'Italia unificato nel 1861. È dunque dalle scelte operate in quella sede che legislazione e scienza giuridica post-unitarie dovettero prendere le mosse, combinandole con le esperienze austriache e toscane che, in questa materia, avevano offerto nei primi decenni del secolo altre valide alternative normative, che pure si cercherà di tracciare.

Il codice penale francese del 1810 predisponeva una specifica tutela delle spoglie mortali umane con la previsione del reato di violazione di sepoltura di cui all'art. 360, inserito in una sezione dedicata alla violazione delle leggi sulle inumazioni[36]. Tale

[34] Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., VI, pp. 94-95 e nota n. 1.

[35] A. Favole, *Resti di umanità,* cit., pp. 21-22.

[36] *Code des délits et des peines de 1810*, Livre III, des crimes, des délits et de leur punition ; titre II, crimes et délits contre les particuliers, chapitre I, crimes et délits contre les personnes, section VI, crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant, ou à compromettre son existence – enlèvement de mineurs – infraction aux lois sur les inhumations ; §III infraction aux lois sur les inhumations, art. 360 : "Sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an, et de seize

articolo, in una formulazione estremamente generica e stringata, offriva un'unitaria configurazione delittuosa ad un ventaglio di ipotesi concrete piuttosto ampio. La sanzione, che prevedeva sia la prigione da tre mesi ad un anno sia un'ammenda da sedici a duecento franchi, era comminata a "quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux ou de sépulture", con l'unica altra precisazione dell'applicabilità anche delle pene previste per altri crimini e delitti che vi si dovessero eventualmente accompagnare a carico dell'autore. Come si può facilmente comprendere, una tale norma non presupponeva una chiara definizione di cadavere, fissando, al contrario, una nozione unica di violazione di sepoltura, con alcuni tentativi di diversificazione tra "tombeaux" e "sépulture" cui si dedicarono dottrina e giurisprudenza. Come chiarì la giurisprudenza, la sepoltura che veniva protetta dall'art. 360 esisteva giuridicamente "lorsque le cadavre était l'objet d'au moins un acte de préparation à son ensevelissement, tel que, mise en bière, placement dans un sac ou volige, etc"[37]. Poiché i preparativi funerari, oggetto di tutela, si sviluppavano per un certo lasso di tempo, bisognava pertanto delimitare il momento a partire dal quale scattava l'applicazione delle norme del codice penale. Senza preparativi funerari, non vi era sepoltura, e quindi non poteva innescarsi la tutela giuridica in caso di offese o manomissioni. Solo nel codice penale che venne a sostituire quello del 1810, ed entrato in vigore nel 1994, e così come modificato da ultimo nel 2008, tale nozione unica di violazione di sepoltura viene ad essere scissa dal legislatore francese che, se conserva la violazione di tombe e sepolture in una certa continuità con l'art. 360, ma in una rubrica e quindi in un ordine di valori completamente differente, al tempo stesso, però, introduce una specifica protezione del cadavere umano[38]. Che l' impostazione scelta nel codice del 1810 avesse da subito fatto emergere molte critiche ci viene testimoniato dalla stessa giurisprudenza d'oltralpe, e trova in Italia ulteriore riprova nella circostanza che quando il legislatore sabaudo riprodusse questa normativa nel suo codice penale prima del 1839[39], e poi del 1859[40], pur in una formulazione pressoché identica al testo francese anche dal punto di vista della discutibile rubrica, come unico correttivo aggiunse proprio la parola "cadavere" accanto a quelle di "tomba" e di "sepolcro" nell'oggetto materiale del reato.

Il problema di definire la nozione di cadavere ai fini della tutela penale emerse, infatti, progressivamente, proponendosi in concreto soltanto con le legislazioni della seconda metà dell'800, che le fecero espresso riferimento, distinguendo le fattispecie a

francs à deux cents francs d'amende, quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux ou de sépultures ; sans préjudice des peines contre les crimes ou les délits qui seraient joints à celui-ci".

37 B. Py, *La mort et le droit*, Paris 1977, p. 73.

38 *Code pénal* 1994, Partie législative, Livre II, Des crimes et délits contre les personnes, titre II, Des atteintes à la personne humaine, chapitre V, Des atteintes à la dignité de la personne, section 4, Des atteintes au respect dû aux morts. Questo il testo dell'art. 225-17 : "Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende. La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende. La peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 30.000 euros d'amende lorsque les infractions définies à l'alinéa précédent ont été accompagnées d'atteinte à l'intégrité du cadavre".

39 *Codice penale per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna* 1840, art. 567.

40 *Codice penale per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna* 1859, art. 519.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 26

tutela dei sepolcri da quelle a tutela dei cadaveri, e indicando per queste ultime pene più gravi. La normativa francese, prevedendo un'unica fattispecie all'interno della quale si potevano concretizzare diverse ipotesi delittuose, lasciava al giudice il compito di valutare caso per caso la gravità nell'applicazione della pena dal minimo al massimo che la norma indicava. Anche in questi casi si riteneva importante eventualmente distinguere un'offesa rivolta ad un cadavere rispetto ad un'offesa in cui il cadavere non fosse direttamente coinvolto, ma il peso di tale distinzione era nettamente inferiore, e la lettera della norma talmente generica e indeterminata da non porre limitazioni significative alla valutazione del giudice su questo proposito.

Scriveva Gabriel Timbal, che la giurisprudenza francese aveva compreso "qu'il était nécessaire de protéger efficacement les restes mortels des défunts; dans ce but, elle applique à l'article 360 une interprétation extensive, et admet l'existence du délit, dès que des voies de fait quelconques sont commises envers une sépulture, un cercueil, ou un cadavre"[41]. Nei *Motifs par les Orateurs du Conseil d'État* del codice penale napoleonico, gli oltraggi specifici ai cadaveri che pure si intendevano punire vennero esplicitamente qualificati come atti contro "le respect le plus religieux pour les cendres des morts", interpretandoli come una delle possibili estrinsecazioni di questi[42]. Ma sarà la giurisprudenza ad esprimere con chiarezza che feretro, bara, tomba o sepolcro ricevevano la tutela dell'art. 360 in quanto fossero a protezione dei cadaveri[43].

Come si è detto, già il Codice penale sabaudo nel 1839, con l'art. 367, riprese in gran parte la lettera e la ratio dell'articolo 360 francese, così come fece l'articolo 519 del codice penale del 1859, e quindi del Regno d'Italia dal 1865, entrambi con una formulazione leggermente diversa che, sebbene non avesse modificato la previsione di un'unica fattispecie delittuosa, nondimeno gettava le basi per un dibattito concreto. Rispetto al codice francese e a quello del 1840, nel primo codice penale italiano la pena fu resa più severa, raggiungendo i cinque anni di relegazione e le cinquecento lire di multa, "secondo la maggiore o minore gravezza de' casi", si applicava a chiunque si fosse reso "colpevole d'insulti ai cadaveri, o di violazione di tombe o di sepolcri"[44]. Anche in questo caso era affidato al magistrato valutare caso per caso che tipo di violazione si fosse realizzato in concreto, ma sempre e solo ai fini della quantificazione della pena edittale, non rilevando in alcun modo una tale specificazione ai fini della

[41] G. Timbal, *La condition juridique,* cit., p. 51

[42] *Code Pénal, édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois ; précédé de l'Exposé des Motifs par les Orateurs du Conseil d'Etat, sur chacune des lois qui composent ce Code, avec une Table alphabétique des Matières*, Paris 1812, p. 106.

[43] A. Chauveau – F. Hélie, *Théorie du Code Pénal,* III ed, Paris 1852, IV, pp. 419-420. Come riportato dagli Autori, la Corte di Cassazione, il 22 agosto 1839, aveva chiarito che "il y a donc indivisibilité entre le tombeau et les dépouilles mortelles qu'il renferme, sans quoi les outrages les plus graves qui ne seraient pas des paroles ou discours, ou qui ne seraient pas publics, resteraient impunis".

[44] *Codice penale per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna*, 1840, Libro II, Titolo IX, capo VI, Della violazione delle leggi sulle inumazioni, art. 567 "Sarà punito colla reclusione o col carcere o con multa estensibile sino a lire trecento secondo la maggiore o minore gravezza dei casi chiunque si sarà reso colpevole d'insulti ai cadaveri o di violazione di tombe o di sepolcri"; *Codice penale per il Regno d'Italia*, 1865, Libro II, Titolo IX, capo VI, Della violazione delle leggi sulle inumazioni, art. 519 «Sarà punito colla relegazione estensibile ad anni cinque, o col carcere, o con multa sino lire cinquecento, secondo la maggiore o minore gravezza de' casi, chiunque si sarà reso colpevole d'insulti ai cadaveri, o di violazione di tombe o di sepolcri".

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 26

individuazione del reato.

La cultura giuridica post unitaria, e quindi anche il legislatore, aveva come riferimento anche un'altra importantissima esperienza codicistica in campo penale, quella confluita nel Granducato di Toscana con il Codice penale del 1853[45]. Quest'ultima espresse una linea normativa completamente diversa e – nei suoi ben quattro articoli specificamente dedicati alla "violazione de' cadaveri umani e delle loro sepolture" – operava una precisa distinzione tra le ipotesi delittuose che colpivano o coinvolgevano direttamente il cadavere, di cui agli articoli 218-220, e quelle che invece si riferivano ad "atti di irriverenza" contro "cimiteri od altri sepolcri" all'art. 221. Il codice toscano, infatti, prevedeva distinte fattispecie per il furto di oggetti conservati nelle tombe o sul corpo (art. 218), per gli insulti diretti sul cadavere (art. 219), per la sua sottrazione in tutto o in parte, e per il suo disseppellimento, distinguendo tra finalità d'ingiuria, superstizione o altro scopo illecito (art. 219), finalità genericamente diverse (art. 220). La disciplina era integrata dall'espresso riferimento ai casi di offese ai cimiteri e ai sepolcri "per oltraggiar la memoria, o la religione, o la nazione dei defunti che vi sono deposti" (art. 221). La normativa toscana era piuttosto confusa nella sua formulazione, ma certamente rappresentava uno sforzo di specificazione e sistemazione che ne agevolava l'applicazione.

La giurisprudenza e la dottrina successive al codice del 1865 – come già era stato per quelle francesi sull'art. 360 a cui i nostri giuristi attinsero sistematicamente – riuscirono ad includere in realtà tutte queste fattispecie nella tutela dell'art. 519, che quindi di per sé non lasciò vuoti normativi, ma poterono farlo solo con un notevole sforzo ermeneutico, alternando affermazioni e smentite, e muovendosi su di un terreno decisamente impervio.

Il legislatore del 1889 si trovò ad ereditare le difficoltà ed i dubbi che il codice precedente aveva trasferito dall'impianto francese all'ordinamento post-unitario, e con l'art. 144 si impegnò nella prima definizione di reato di vilipendio di cadavere[46]. Quasi a cercare di mettere insieme i due maggiori modelli, la nozione unitaria di violazione di sepolcro del modello francese e le diverse ipotesi codificate da quello toscano, il codice Zanardelli approdò ad un articolo unico ma estremamente complesso, al cui

[45] Sull'influenza della codificazione penale toscana nel Regno d'Italia, cfr. T. Padovani, *La tradizione penalistica toscana nel Codice Zanardelli*, in S. Vinciguerra, (cur.), *I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova 1999, pp. 397-408. Sul commento e interpretazione del Codice penale toscano del 1853, cfr G. Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana*, III ed, Macerata 1856, II; F. Mori, *Teorica del codice penale toscano*, Firenze 1854; G. Puccioni, *Il Codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti, del diritto e della giurisprudenza*, Pistoia 1856, III.

[46] *Codice penale per il Regno d'Italia*, 1889, Libro II, titolo II, art. 144 "Chiunque commette atti di vilipendio sopra un cadavere umano o sopra le sue ceneri, ovvero, per fine d'ingiuria o per qualsiasi altro fine illecito, sottrae per intero o in parte il cadavere o le ceneri, o ne viola in qualsiasi modo il sepolcro o l'urna, è punito con la reclusione da sei a trenta mesi e con la multa sino a lire mille".

Fuori dei casi suindicati, chiunque sottrae per intero o in parte, o senza autorizzazione diseppellisce un cadavere umano o ne sottrae le ceneri, è punito con la detenzione sino ad un mese e con la multa sino a lire trecento.

Se il fatto sia commesso da persona preposta o addetta al cimitero o ad altri luoghi di sepoltura, o alla quale siano affidati il cadavere o le ceneri, la pena è, nel primo caso, della reclusione da tre mesi a tre anni e della multa da lire cinquanta a millecinquecento; e, nel secondo caso, della detenzione sino a due mesi e della multa sino a lire cinquecento".

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 26

interno erano identificate cinque diverse ipotesi delittuose e quattro pene, ciascuna, ovviamente, da comminare entro un minimo ed un massimo a seconda della gravità concreta dell'azione. Ad aggiungere complicazioni, si decise altresì di estendere la protezione dei cadaveri anche alle ceneri, visto che ormai l'ordinamento aveva pienamente regolato anche la cremazione come alternativa alla sepoltura. Un'estensione che, però, avvenne in corso d'opera e che venne integrata con alcune ambiguità nella struttura lessicale dei commi già predisposti[47]. L'articolo 144, nonostante questa sua complessità, esordiva al primo comma con la chiara indicazione "chiunque commette atti di vilipendio sopra un cadavere umano o sopra le sue ceneri…", arrivando, come si vede, a precisare che dovesse trattarsi di cadavere "umano", sebbene davvero su questo aspetto non si fossero mai prospettati dubbi di sorta. La norma, però, proseguiva con il suo primo comma includendo anche le ipotesi di violazione di sepolcro o urna, per applicare la stessa pena edittale tra i sei e i trenta mesi di reclusione e una multa fino a lire mille. Nonostante le maggiori specificazioni rispetto all'articolo 519, in rapporto alla nozione di cadavere si restava ancora nell'ambito della graduazione della pena, e non di una netta specificazione della figura criminosa.

Quest'ultima fu invece isolata nel successivo Codice del 1930, che dedicò ben sette articoli ai reati di violazione di sepolcro e di cadavere, suddividendo con attenzione le diverse fattispecie che si erano nei decenni prospettate all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, e recependo alcune nuove istanze in materia di tutela delle ceneri e di regolazione degli usi illegittimi dei corpi a scopi scientifici. Gli articoli apparivano ben divisi, anche concettualmente, tra reati che avevano ad oggetto i sepolcri (artt. 407 e 408), reati che avevano ad oggetto i cadaveri (artt. 410, 411, 412 e 413) e reati che avevano ad oggetto i riti funebri (art. 409). L'articolo maggiormente rilevante ai fini della definizione giuridica di cadavere era il 410, che conteneva l'ipotesi di vilipendio di cadavere. Vi si tentò una formulazione più semplice di quella troppo "pletorica" – secondo il Manzini – del precedente articolo 144, ma non si rinunciò ad entrare nei dettagli della deturpazione, mutilazione, brutalità e oscenità che potevano integrare la fattispecie, fattispecie che, peraltro, prevedeva anche le sanzioni più severe dell'intero capo[48].

Le difficoltà di costruzione di una valida nozione di cadavere, diretta espressione della sua sfuggente identità come fulcro effettivo di una tutela penale rivolta alla protezione del rispetto dovuto ai defunti, non emerge soltanto esaminando le diverse scelte normative in base alle quali sono stati formulati gli articoli dei codici penali italiani in tema di violazione e vilipendio. Forse ancor più chiaramente, essa ci appare analizzando il modo in cui gli interpreti si trovarono ad affrontare alcune specifiche descrizioni dell'impianto repressivo, in particolare laddove si rendeva necessaria una

[47] Il secondo comma dell'art. 144, ad esempio, come si è visto recitava: "fuori dei casi suindicati, chiunque sottrae per intero o in parte, o senza autorizzazione diseppellisce un cadavere umano o ne sottrae le ceneri, è punito con la detenzione…". Subito emersero dei dubbi se la mancanza di autorizzazione si riferisse al solo disseppellimento del cadavere o anche alla sottrazione delle ceneri, in quanto la costruzione della frase permetteva di considerare anche che la sottrazione delle ceneri fosse da punire a prescindere dalla mancanza di autorizzazione.

[48] *Codice penale del Regno d'Italia*, 1930- a. IX, Libro II, Dei delitti in particolare, Titolo IV, Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti, capo II, Dei delitti contro la pietà dei defunti, art. 410.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 26

qualificazione precisa del cadavere per collocarlo tra gli elementi strutturali del reato che ne puniva le violazioni e della sua disciplina. La netta alternativa tra persona e cosa, infatti, ha sempre posto ai giuristi notevoli difficoltà di inquadramento. A tale proposito, si può partire ripercorrendo le posizioni dottrinali, ed in particolare quelle che furono elaborate sulla base dei codici del 1889 e del 1930. Eugenio Florian, si riferiva al cadavere come al "soggetto passivo di questi delitti"[49], mentre Vincenzo Manzini, negando esplicitamente al cadavere ogni possibile qualifica di soggetto di diritti e quindi di soggetto attivo o passivo di un reato, vi si riferiva come all' "oggetto del sentimento che determina l'interesse protetto", e quindi come all'oggetto materiale tramite la cui protezione immediata si tutela l'interesse etico-sociale al rispetto per la pietà dei defunti per il quale è stabilita la disciplina del reato di vilipendio di cadavere[50]. Di "oggetto" tra i vari estremi del reato, sebbene senza addentrarsi in questo delicato profilo, parlavano anche Enea Noseda[51] e Guglielmo Sabatini[52], ma fu, però, Alberto Dall'Ora, dalle pagine della *Rivista italiana di diritto penale*, a mettere in luce l'uso fuorviante di queste qualifiche nell'applicazione della normativa penale, laddove non vi fosse alla base la necessaria chiarezza circa la corretta dimensione giuridica del cadavere. Contestando direttamente Florian, egli affermava che i reati contro la pietà dei defunti, infatti, "non esigono un soggetto passivo", che comunque potrebbe essere solo una persona, fisica o giuridica, e il cadavere, quindi, poteva correttamente considerarsi solo come oggetto materiale di quelle fattispecie penalistiche[53], a fronte dell'oggetto giuridico che invece sarebbe il sentimento di pietà dei defunti[54]. Secondo Francesco Pantaleo Gabrieli, la parola "defunti" usata nell'intestazione del II Capo del Titolo IV del Codice Rocco invece della parola "cadavere", starebbe a significare che "la tutela penale non è data direttamente ai resti umani, ma a ciò che essi rappresentano nel sentimento della collettività; ed alla espressione 'defunti' cui inerisce un elemento etico, si ricollega la obiettività giuridica dei reati contemplati in questo capo"[55]. Più recentemente, è stato evidenziato che nel sistema costruito dal Codice Rocco, in particolare, il cadavere è vero e proprio strumento della tutela penale, e giammai il suo oggetto[56]; come aveva già introdotto Dall'Ora, è il mezzo attraverso il

[49] E. Florian, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, cit., p. 245.

[50] V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Torino 1935, VI, pp. 85-87.

[51] E. Noseda, *Dei delitti contro la libertà. Codice penale, libro II, titolo II*, in E. Pessina, (cur.), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano 1909, VI, p. 448.

[52] G. Sabatini, *Dei delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, in U. Conti, (cur.), *Il Codice penale illustrato articolo per articolo*, Milano 1934, II, p. 661.

[53] Alberto Dall'Ora respingeva così la teoria tradizionale espressa, tra gli altri, da Francesco Carrara, secondo la quale soggetto passivo di un reato è la persona o la cosa su cui materialmente cade e si svolge l'azione compiuta dal reo nell'esecuzione del fatto criminoso. Aderendo alle posizioni di Grispigni, Rocco e Antolisei, egli ritiene che ciò che tale impostazione chiamava soggetto passivo, corrispondesse piuttosto all'oggetto materiale del reato, che poteva essere personale o reale. A. Dall'Ora, *Sulla nozione giuridico-penale di cadavere. La questione del nato morto*, in "Rivista italiana di diritto penale", II (1949), nota n. 3, pp. 142-143.

[54] Ivi, nota n. 3, p. 154.

[55] F. Pantaleo Gabrieli, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Milano 1961, p. 363.

[56] Si tratta del commento all'art. 410 di Giulia Ripamonti, sub art. 410, in E. Dolcini – G. Marinucci, (curr.), *Codice penale commentato,* II, Milano 2006, pp. 4130-4131, richiamato da Vito Mormando nel 2005, quando il volume era ancora in corso di stampa, V. Mormando, *I delitti contro il sentimento religioso,*

quale quella tutela si estrinseca e si realizza. Si vede ribadito, quindi, come il cadavere non verrebbe mai protetto in quanto tale, ma in virtù del fatto che è proteggendolo che si tutela quel sentimento collettivo di natura etico-sociale che richiede rispetto e cura delle spoglie mortali dell'uomo. Questi contorni "impalpabili e sfuggenti", come ebbe a chiamarli Giovanni Fiandaca[57], si riflettono inevitabilmente anche sulla precisa individuazione di ciò che deve intendersi per cadavere ai fini di una tale disciplina penalistica, e non possono essere trascurati se si vuole comprendere la difficoltà di ricorrere ad una nozione biologica, o *latu sensu* naturalistica, che pure sembrerebbe, ed è effettivamente sembrata, la più corretta a cui far riferimento.

4. Sentimenti religiosi, salubrità dell'aria o pubblica morale. A che titolo interviene il codice penale?

Le diverse formulazioni di fattispecie delittuose aventi ad oggetto le offese ai cadaveri – e la loro rubricazione – influirono notevolmente sui tentativi di dottrina e giurisprudenza per una definizione di cadavere. Tra i precedenti preunitari, il già citato Codice toscano del 1853 inseriva la violazione di cadaveri e sepolture nel titolo IV dedicato ai delitti contro l'ordine pubblico, seguendo l'impostazione del corrispondente §306 del Codice penale dell'Impero d'Austria del 1852 che pure in concreto presentava una formulazione piuttosto diversa, anche se riproduceva la medesima chiara distinzione tra offese ai cadaveri e offese ai sepolcri e altri luoghi di sepoltura[58].

La seconda parte del Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, quella per l'appunto dedicata alle Leggi penali, mantenne in gran parte l'impostazione del codice napoleonico, e con l'art. 262 riprodusse la medesima stringata formulazione dell'art. 360 di quel codice, fissando la pena edittale semplicemente per "chiunque avrà violato tombe o sepolture", sia pure all'interno di una rubrica completamente diversa. Il codice borbonico, infatti, collocò questa norma, con una scelta probabilmente tra le più opinabili per questa materia, tra i reati "contro l'amministrazione della giustizia e le altre pubbliche amministrazioni", al capitolo sulle "violazioni de' pubblici archivi, de' luoghi di pubblica custodia, e de' pubblici monumenti", giustificando la scelta con la precisazione contenuta nel medesimo art. 262 per cui le tombe e le sepolture protette dovevano essere "riconosciute ed autorizzate dalla pubblica amministrazione"[59].

---

cit., p. 331.

[57] G. Fiandaca, *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1990, XXIII.

[58] *Codice penale dei crimini, dei delitti e delle contravvenzioni per l'Impero d'Austria*, 1852, Parte II, Dei delitti e delle contravvenzioni, Capo V, Dei delitti e Delle contravvenzioni contro la tranquillità e l'ordine pubblico, § 306: «Chi mosso da perversità o petulanza, danneggia luoghi destinati alla sepoltura di cadaveri umani; senz'autorizzazione apre sepolcri; da essi o da altri luoghi destinati a conservarli asporta arbitrariamente cadaveri umani o loro singole parti, o li maltratta, si fa reo d'un delitto, ed è da punirsi con arresto rigoroso da uno a sei mesi. Le sottrazioni a luoghi di sepoltura, sepolcri o cadaveri, commesse per avidità di lucro, sono peraltro da trattarsi come furti (§§. 172 e 460).

[59] *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, 1819, Parte II, Leggi penali. Libro II, Titolo IV, Dei reati contro l'amministrazione della giustizia e le altre pubbliche amministrazioni, capitolo V, Delle violazioni de' pubblici archivi, de' luoghi di pubblica custodia, e de' pubblici monumenti; sez. III, Della violazione dei monumenti pubblici, art. 262. Su questo codice, cfr. F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli 2001.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 26

Pertanto, se il codice del 1865, come già quello francese, inseriva l'articolo 519 entro un capo dedicato alla violazione delle leggi sulle inumazioni, ciò avrebbe dovuto significare che si doveva tener conto di una determinata tipologia di esigenze, per lo più improntate alla pubblica igiene, l'ordine pubblico e la persecuzione dei crimini di sangue. Siffatta impostazione consentiva ai nostri interpreti di servirsi dell'ampia dottrina e della ricca giurisprudenza prodotte in Francia lungo più di cinquant'anni di applicazione. Ma nemmeno questo era un criterio sicuro, se si consideri che il medesimo codice del 1865, questa volta ben diversamente dal suo analogo francese, aveva inserito il suddetto capo dedicato alla violazione delle leggi sulle inumazioni nel titolo IX, "Dei reati contro l'ordine delle famiglie", mentre nel Code pénal del 1810 questo reato si trovava nel capo su "crimes et délits contre le personnes", a sua volta incluso nel titolo su "crimes et délits contre les particuliers", in una sezione in cui si era scelto di mettere insieme i reati "tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant, ou à compromettre son existence", il reato di "enlèvement de mineurs", e, infine, le "infractions aux lois sur les inhumations".

Con il codice penale del 1889 il cambiamento di prospettiva fu radicale, e il nuovo reato di vilipendio di cadavere, che dell'articolo 519 recepiva l'esperienza ma non l'impostazione, venne inserito nel titolo II del secondo libro, tra i delitti contro la libertà, ed in particolare nel capo II dedicato ai "Delitti contro la libertà dei culti", dove veniva ad essere inquadrata la laica "religione delle tombe", come ebbe a definirla il ministro Zanardelli nella sua Relazione al Re, ma non senza qualche forzatura. Un tale spostamento dell'attenzione della tutela della legge fu senz'altro uno degli elementi che maggiormente incise sul progressivo distacco degli interpreti da una più stretta nozione biologica e da esigenze di coerenza rispetto a quanto veniva fissato per applicare la disciplina di diritto privato, ad esempio, in tema di successioni e atti di stato civile. Nel momento stesso in cui il legislatore post unitario approdava alla sua prima distinta ipotesi delittuosa contro il cadavere, ciò avveniva in un ordine di valori che si dislocava nettamente dalla tutela delle spoglie mortali alla tutela di un sentimento individuale di rispetto per la morte e per il suo significato.

Il precario equilibrio tra sentimento di religiosa devozione e impostazione laica ed individualista insito in questa disciplina fu respinto dal Codice Rocco che, a un anno di distanza dai Patti Lateranensi del 1929, ripropose con maggiore fermezza i "reati contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti", non più a tutela della libertà di culto di ciascuno, ma come affermazione del valore fondante della religione cattolica apostolica romana per l'ordinamento dello stato, e vi affiancò – ma ricorrendo ad un altro capo e quindi senza mescolarli – i reati di violazione di sepolcro e di cadavere. La scelta dell'espressione "reati contro la pietà dei defunti", di per sé priva di precedenti, appare diretta ad esprimere la volontà dell'ordinamento di tutelare il sentimento di devozione e rispetto per i defunti, in una chiave che non fosse né di tipo individuale come era stato nel codice precedente, né di tipo meramente confessionale, in quanto la protezione veniva estesa a tutti i defunti e a tutti i luoghi di culto, di qualsiasi religione essi fossero. Il sentimento che si intendeva proteggere con questi articoli era un sentimento collettivo, indifferenziato rispetto alla compagine sociale cui si poteva riferire volta per volta, patrimonio imprescindibile dei popoli civilizzati.

I penalisti italiani si trovarono tutti coinvolti in questo dibattito, in una dialettica in

cui non senza difficoltà e contraddizioni venne emergendo con sempre più chiarezza quel rispetto per la pietà dei defunti che ancora oggi vediamo codificato, e che doveva dare una valida risposta all'impossibilità ontologica di proteggere il cadavere come puro soggetto passivo del reato. Volendo in questa sede richiamare solo e rapidamente qualche contribuito, l'unica voce realmente autorevole a difesa dell'opportunità di inserire questa fattispecie tra le violazioni della legislazione sulle inumazioni, fu quella di Francesco Carrara[60]. Egli, infatti, sosteneva che il diritto che si doveva proteggere attraverso una speciale persecuzione delle violazioni di sepolcro era quello alla pubblica sanità[61], messa gravemente a rischio dai "miasmi emanati da cadaveri disotterrati", e di "delitto sociale" dunque trattavasi, visto che "col medesimo si aggredisce cosa (voglio dir l´aria) che è a servigio di tutti quanti i cittadini ed a tutti loro si reca pericolo di pestilenza"[62].

Entrando nel concreto, egli però accostava a tale indole squisitamente sociale, anche una formale, affermando che per applicare la sanzione non fosse necessario constatare i malefici effetti dell´avvenuta apertura della tomba e della conseguente fuoriuscita degli effluvi infetti, ma "il danno potenziale tien luogo dello effettivo a tutti gli effetti della perfezione del reato"[63], e nemmeno era richiesta una indagine sul grado di decomposizione e putrefazione del corpo scoperto, sempre perché era sufficiente la "potenzialità" ad integrare il reato ed essa sarebbe stata la medesima. Al tempo stesso, e per una identica ragione logica, nessun danno alla pubblica salute, e quindi alcun reato di violato sepolcro, si poteva ricondurre all´apertura di un sepolcro o di una tomba in cui non vi fosse stato sepolto alcun corpo, e nemmeno, precisava, si poteva in tale circostanza invocare una punizione del tentativo[64]. Francesco Buonamici[65], professore di diritto penale nell'Ateneo pisano dove lo stesso Carrara aveva insegnato dal 1859, nel 1873 diede alle stampe un'opera interamente dedicata al delitto di violazione di sepolcri che ebbe una certa risonanza, e nella quale, contestando apertamente la rubrica del codice del 1865 e le teorie di Carrara, sosteneva che questo delitto andasse invece classificato tra quelli contro la morale[66]. L'opera diede anche

[60] Sul celebre penalista Francesco Carrara, cfr. M. Montorzi, *Francesco Carrara (1805-1888)*, in S. Borsacchi - G.S. Pene Vidari (curr.), *Avvocati che fecero l'Italia*, Bologna 2011; F. Colao, *Carrara, Francesco*, in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone e M.N. Miletti (curr.) *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani*, Bologna 2013, I, pp. 463-467

[61] Sulla preferenza per l'espressione "sanità pubblica" piuttosto che pubblica "salute" o "salubrità", cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale ossia esposizione dei delitti in specie*, II ed,, Lucca 1870, VI, § 3173, p. 327, nota (1): «Un uomo od un ceto di uomini può essere *sano* ma non *salubre*. La formula *sanità pubblica* mi rappresenta un fine a cui tende la legge, cioè che tutti i cittadini si mantengano sani, ma la formula *salubrità* richiama il subietto più che l'obietto; e cioè lo strumento per mantener gli uomini in sanità, al quale male si adatta il predicato di pubblico».

[62] F. Carrara, *Programma,* cit., VI, § 3184, pp. 344-345.

[63] F. Carrara, *Programma,* cit., VI, § 3186, p. 347.

[64] F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale ossia esposizione dei delitti in specie*, IX ed., Firenze 1925, VI, § 3196, nota (1), p. 400.

[65] E. Spagnesi, *Buonamici, Francesco* in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M. N. Miletti, (curr.) *Dizionario biografico*, cit., I, p. 360

[66] F. Buonamici, *Del delitto di violato sepolcro, dissertazione del prof. F. Buonamici*, Pisa 1873, pp. 148-149. Tra gli autori che ebbero ad apprezzare esplicitamente la teorica del Buonamici vi fu Eugenio Florian, nonchè Luigi Cesare Civoli, e Enea Noseda.

vita ad un dialogo a distanza con il celebre penalista che decise di dedicare alla critica del Buonamici una esplicita e piuttosto dettagliata risposta, in una nota inserita nelle successive edizioni del *Programma*[67]. Come si è già detto, però, le tesi di Carrara in questo settore restarono molto isolate, e ben altre furono le riflessioni e le proposte che emersero dalla dottrina per individuare un più corretto ordine di valori entro cui inquadrare questi reati.

Dopo la promulgazione del Codice Zanardelli, per fare ancora degli esempi, se Cesare Civoli[68] si soffermava sul sentimento che il legislatore si proponeva di proteggere, ovvero "quello di venerazione verso le spoglie mortali di un suo simile, che distingue gli uomini dai bruti, e che al legislatore interessa di veder conservato, perché è indice e condizione di civiltà"[69], Michele Longo preferiva spiegare cosa, invece, egli si proponeva di punire, vale a dire "un sentimento di disumanità e di sconvenienza"[70]. Eugenio Pincherli, come già Enrico Pessina[71], parlava di una "religione dei sepolcri", aggiungendo che "la tutela offerta dai popoli moderni a questa seconda religione delle famiglie avanza quella che le prodigavano gli antichi fossero pure zotici e incolti", spiegando nel contempo che la necessità di sanzioni penali derivava dal fatto che vi fossero ancora "dei profani a questa religione delle tombe", "uomini nei quali ogni pietà è morta", a causa delle cui profanazioni "la legge doveva prevedere e punire questi fatti"[72].

Nondimeno, anche la rubrica scelta dal Codice Zanardelli del 1889, sebbene, diversamente da quanto avvenne per la promulgazione nel 1865 del precedente codice penale, fosse emersa a seguito di attenta riflessione e genuino tentativo di contemperare le molte e spesso divergenti spinte, non restò immune alle critiche ed alle riserve. Ferdinando Puglia, come Giovanni Suman[73] ed in seguito Giulio Crivellari[74], condividevano la scelta del legislatore del 1889 di porre il violato sepolcro sotto la rubrica delle violazioni alla libertà dei culti, tra i quali, appunto, si considerava la religione delle tombe[75], ma altri furono di diverso avviso.

Nel 1888 Emanuele Carnevale, dalle pagine della Rivista Penale, sosteneva, riprendendo parzialmente alcuni argomenti di Francesco Buonamici, che la tutela delle spoglie mortali dovesse farsi rientrare in una categoria di reati contro il "pubblico costume" che il Codice penale del 1865, ancora vigente mentre Carnevale scriveva,

---

[67] Si è qui presa in esame F. Carrara, *Programma*, cit., IX ed. del 1925, § 3196, n. 1, pp. 393-402

[68] Cfr. S. Larizza, *Civoli*, *Giulio Cesare*, in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M. N. Miletti, (curr.) *Dizionario biografico*, cit., I, p. 552.

[69] C. Civoli, *Trattato di diritto penale, Delitti direttamente lesivi di interessi sociali*, Milano 1913, III, pp. 511-512.

[70] M. Longo, *Commento al Codice penale italiano*, Torino 1911, I, p. 449.

[71] E. Pessina, *Il nuovo Codice Penale Italiano con le disposizioni transitorie e di coordinamento e brevi note dilucidative. Parte prima*, Milano 1890, p. 173.

[72] E. Pincherli, *Il codice penale annotato,* Torino 1890, p. 214.

[73] G. Suman, *Il Codice Penale italiano, approvato col Regio Decreto 30 giugno 1889 brevemente illustrato dalla dottrina, dalle fonti e dalla giurisprudenza*, Torino 1892, p. 372.

[74] G. Crivellari, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia,* cit., p. 450.

[75] F. Puglia, *Manuale di diritto penale secondo il nuovo codice penale italiano. Parte speciale*, Napoli 1890, II, p. 51.

però non prevedeva[76]. Tuttavia, prima della definitiva pubblicazione del suo contributo, egli ebbe però modo di leggere il Progetto del Codice penale che l'anno seguente sarebbe stato promulgato, e in una nota in calce a questo suo breve saggio, dichiarava di accogliere con favore una collocazione di questi reati a suo avviso migliore di quella di origine francese. Nondimeno, precisava come, "a nostro sommesso parere", non fosse "la più esatta: né questa si può trovare fino a che non si stabilisca la classe dei delitti contro la pubblica moralità (o contro il pubblico costume), alla quale, presto o tardi, il legislatore deve pensare"[77]. Molto più severo fu Enea Noseda, che sostenne apertamente che la collocazione scelta con il Codice Zanardelli fosse "cosa quanto mai impropria ed inesatta, perché si è dovuta adoperare la parola 'culto' in senso metaforico, il che, nelle discipline penali è pericoloso", opinando ben più appropriato qualificarli come reati contro la morale pubblica. Per giustificare un tale sistema seguito dal codice penale italiano, infatti, proseguiva Noseda, era necessario "fare assurgere il naturale rispetto che ognuno sente pei resti inanimati dei propri simili, e pei luoghi ove questi sono custoditi, alla consistenza di un vero e proprio culto pei trapassati. Ammetto – aggiungeva - che presso i popoli dell'antichità formasse precisamente parte dell'idea religiosa la tutela ed il rispetto dei morti, […] ma ciò non può più dirsi ai nostri tempi, trattandosi di una manifestazione di ossequio che rispecchia sentimento e stato di psicologia individuale e collettiva trascendente l'orbita di ogni religione, e propria anche di chi non ne professa alcuna. Il legislatore italiano – concludeva - per arrivare a chiamare culto il sentimento che porta al rispetto delle tombe e dei cadaveri, dovette adoperare linguaggio confuso e non giuridico, ed in questa parte, il Codice segna un regresso di fronte ad altre legislazioni"[78]. Pure molto critico fu Cesare Civoli[79], che a proposito della qualifica delle offese alla religione ed ai defunti come reati contro la libertà di chi professa un culto, affermava "bisognerebbe farsi della libertà un concetto assai curioso, per ritenersi meno liberi, se gli altri nella loro condotta non si uniformano alle nostre opinioni, ma come contrarie alla pubblica morale potrebbero incriminarsi le offese al culto, in quanto si ritenesse, che allo Stato interessi vedere dai cittadini professata una qualche religione".

Interessante, e decisamente molto indicativo del genere di dibattito cui stiamo accennando, è la scelta di Vincenzo Manzini, che intitolava la sezione del suo trattato dedicato a queste norme, *Dei delitti contro il rispetto della morte*. Manzini rientra, infatti, tra gli autori che sottolinearono la peculiarità di questi delitti rispetto al titolo scelto dal legislatore della tutela della libertà religiosa. Oggetto specifico di questa tutela penale doveva ritenersi "il pubblico interesse non derivante dallo stato di libertà, bensì da quello di civiltà, di garantire il rispetto dei luoghi e delle cose dedicati ai defunti"[80]. Un interesse derivante dalla civiltà che per Manzini era prettamente etico-sociale, ed in questo si vide poi seguito anche da autori come Saltelli e il De Falco, più vicini al

[76] E. Carnevale, *Intorno alla nozione del violato sepolcro*, in "Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza diretta da Luigi Lucchini", n. XXVIII (1888 - VIII della Seconda Serie), pp 138-139.

[77] Ivi, p. 139, nota n. 2.

[78] E. Noseda, *Dei delitti contro la libertà. Codice penale, libro II, titolo II*, in E. Pessina, (cur.), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano 1909, VI, p. 345.

[79] C. Civoli, *Trattato di diritto penale,* cit., p. 491.

[80] V. Manzini, *Trattato di diritto penale,* cit., p. 436.

Regime, che anni dopo parlarono a tal proposito di "patrimonio morale, la cui difesa è richiesta dall'essenza stessa della civiltà, in quanto espressione di altissimi valori ideali e morali"[81]. "Riconosciuto e protetto dalla norma penale – ritorniamo alle parole del Manzini - si trasforma in interesse giuridico, di cui è titolare ogni membro della collettività, e per essi lo stato, e non un determinato soggetto, come avviene invece rispetto ad altri reati", spiegando così la necessità che si trattasse di reati procedibili d'ufficio senza necessità di una querela di parte[82]. E di fronte al grande criminalista Francesco Carrara che difese strenuamente la valenza delle ragioni dell'interesse all'igiene e alla salubrità dell'aria protette dalle leggi sulle inumazioni, Manzini si chiedeva come fosse stato possibile che ad un tale ingegno fosse sfuggito "quel che tutti vedono e sentono: l'elemento etico del delitto"[83].

Anche Giuseppe Maggiore, penalista noto per la sua vicinanza al regime fascista[84], parlava di religione o culto dei defunti, ma derivando diverse implicazioni rispetto a quelle alla base delle scelte del codice Zanardelli: "La morte, l'oltre tomba, Dio, sono il triplice volto di uno stesso mistero: l'umanità si è sempre inchinata avanti la sua grandezza", scriveva all'indomani del nuovo codice del 1931[85]. "La religione dei trapassati – precisava quindi Maggiore - non può essere quindi disgiunta dalla religione dell'anima immortale e di Dio. Fuori di questo comune legame, il culto dei defunti, il rispetto del corpo esanime, la riverenza ai sepolcri si avviliscono in un insensato e fanciullesco feticismo. Ond'è che bene ha fatto il nostro codice a porre accanto ai delitti contro il sentimento religioso i delitti contro la pietà dei defunti: il sentimento religioso della umanità è due volte offeso, due volte tutelato dalla legge, per i supremi interessi di spiritualità che legano insieme mondo e sopramondo, terra e cielo"[86]. La critica all'impostazione precedente è netta, ed egli parlava di avvenuta correzione de "l'incredibile sberleffo fatto alla logica, al buon senso e alla religione dal codice abrogato, che classificò nientemeno la violazione delle tombe, il vilipendio del cadavere e simili tra i delitti contro la libertà dei culti"[87].

5. Definire per proteggere, e la morte di chi non ha vissuto

Nell'immaginario collettivo si ritrovano, ora come allora, molte rappresentazioni costanti e piuttosto immediate del cadavere. Ma da un punto di vista giuridico, alle difficoltà già esposte, se ne aggiungevano quelle dovute anche alla circostanza che definire in modo chiaro e univoco cosa fosse un cadavere significava – e significa ancora oggi[88] - definire in modo altrettanto chiaro ed univoco cosa fosse la vita, e

[81] C. Saltelli, – E. Romano Di Falco, *Commento teorico pratico del nuovo codice penale con prefazione del Guardasigilli Alfredo Rocco*, Roma 1930, II, p. 466.

[82] V. Manzini, *Trattato di diritto penale,* cit., p. 437.

[83] V. Manzini, *Trattato di diritto penale,* cit., nota n. 5, pp. 442-443.

[84] S. Seminara, *Maggiore*, *Giuseppe* in I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M. N. Miletti, (curr.), *Dizionario biografico*, cit., pp. 1227-1228.

[85] G. Maggiore, *Principi di diritto penale, parte speciale. Delitti e contravvenzioni*, Bologna 1938, II, p. 290.

[86] *Ibid.*

[87] *Ibid.*, e nota n. 1.

[88] Cfr. C. Defanti, *Vivo o morto? La storia della morte nella medicina moderna*, Milano 1999, pp. 91-92.

quindi entrare a gamba tesa nel delicatissimo tema della natura e relativa condizione giuridica dei feti e delle creature che non avevano raggiunto la vita extrauterina[89]. Ed inoltre, tra le diverse forme che potevano assumere le spoglie mortali degli esseri umani, cosa andava inteso in concreto per cadavere? Anche lo scheletro è un cadavere? Anche solo delle parti? La mummia è un cadavere da proteggere? Se non lo è ed è invece una cosa commerciabile, perché?

Un primo discrimine venne trovato ricorrendo alla capacità dei resti in questione di evocare o meno delle spoglie mortali di un essere umano. Vincenzo Manzini precisava che "sono cadaveri soltanto i resti umani tuttora suscettivi di eccitare l'idea del rispetto verso la morte"[90], cosa che si riconosceva potersi non verificare nel caso di un frammento troppo piccolo o poco caratteristico oppure nel caso di resti sottoposti a tali manipolazioni chimiche o meccaniche da essere definitivamente considerabili come oggetti prodotti dall'uomo piuttosto che cadaveri umani, come, appunto, si stabilì per le mummie egizie oggetto di un traffico commerciale che così si qualificò come legittimo. E poi, bisogna essere stati vivi per diventare un cadavere? Altro quesito niente affatto scontato, nonostante alcune semplificazioni che pure riscontriamo in dottrina e in giurisprudenza per tutto il XIX secolo. Se può apparire banale all'estensore di una sentenza della Corte di Appello di Torino del maggio 1916, precisare che "non si nasce cadavere, ma lo si diventa", e che pertanto tale ultima condizione appartiene alle spoglie di essere umano vivente che sia morto, la cosa, vischiosissima in realtà, riguardava la protezione da accordare ai corpicini dei bimbi nati già morti, o dei feti abortiti in un avanzato grado di maturazione. Creature che, dal punto di vista delle conseguenze di diritto privato e successorio, l'ordinamento non considerava mai giunti ad essere soggetti di diritto, e sui quali, però, si accese un intenso dibattito per la difficoltà ad escludere i loro resti dalla tutela penalistica riservata ai cadaveri, lasciando impunita ogni profanazione o mancata sepoltura, equiparandoli a qualsiasi altro rifiuto organico.

Michele Longo estendeva la protezione dell'art. 144 ai feti e ai nati morti senza far riferimento ad una incompatibilità tra la qualifica di cadavere come "spoglia di una precedente esistenza dell'essere umano". "La parola è generica" proseguiva "e vuolsi riferire ad ogni specie di corpo di estinto: o che la morte sia avvenuta prima della nascita, o dopo"[91]. Altri, invece, rilevarono il conflitto, ma, come è facile immaginare, non furono disposti ad accettare una possibile esclusione. Così, per Eugenio Florian – come già per Enea Noseda – la tutela del nato morto coglieva la sua principale ragione d'essere non tanto nella possibilità o meno di includerlo in una nozione generale ed

[89] In un'opera pubblicata nei primi anni del XIX secolo e che ebbe vasta fama ancora nel secolo successivo, Xavier Bichat scriveva: « on cherche dans des considérations abstraites la définition de la vie ; on la trouvera, je crois, dans cet aperçu général : la vie est l'ensemble des fonctions qui résistent à la mort », X. Bichat, *Recherches physiologiques sur la vie et la mort*, III ed, Paris 1805, p. 1. Su Xavier Bichat (1771-1802) e sul vitalismo di cui fu uno dei più famosi esponenti, cfr. A. Pichot, *Histoire de la notion de vie*, Paris 1993, pp. 524-568. Altri ponevano l'attenzione su una "force organisante ", definendo la vita come " un ensemble de propriétés que manifestent les êtres organisés placés dans des milieux convenables", e due condizioni sarebbero state necessarie alla sussistenza della vita, "des organes et un milieu approprié à ces organes", G. Le Bon, *De la mort apparente et des inhumations prématurées*, II ed, Paris 1866, p. 121.

[90] V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 446.

[91] M. Longo, *Commento al Codice penale,* cit., p. 449.

oggettiva di cadavere, quanto nella *ratio* chiaramente sottesa alla stessa disciplina dell'art. 144, che certamente non poteva intendere di lasciare prive di "protezione giuridica le infelici spoglie del nato morto, le quali son pure, nel costume sociale, circondate di riverenza e pietà"[92]. Ma allora, che cosa doveva ritenersi per "feto"? Eugenio Florian stesso, e prima di lui ancora Cesare Civoli[93], ricordavano, come si è detto, che non era richiesto in alcun modo che il corpo dovesse aver prima vissuto, ma nondimeno riteneva che per considerarsi cadavere dovesse "aver raggiunto completo sviluppo: razionalmente, quindi, il feto non sarebbe da equipararsi al cadavere, giacché esso non rappresenta un individuo, autonomo e completo, bensì una parte dell'organismo materno", e così concludendo lo definiva mera *portio mulieris / pars viscerum*[94]. Autori come Francesco Campolongo e Riccardo Crespolani andarono oltre in questa direzione, affermando che dovesse considerarsi cadavere anche il feto purché avesse forma umana, e questo perché sarebbe stato incivile e certamente non nelle intenzioni del legislatore negare la protezione "a chi è una speranza d'uomo, dell'uomo presenta le fattezze, ed è porzione delle nostre viscere"[95]. Ma, a sua volta, quest'ultimo ordine di argomenti apriva ad altri dubbi, e ad altri problemi. Se, dunque, si doveva fare riferimento alle 'fattezze', e considerare incluso nel sentimento collettivo di pietà e venerazione ciò che appariva come una presenza umana, se ne sarebbe dovuto ricavare, al contrario, l'esclusione dalla medesima tutela nel caso del così detto 'mostro', ovvero il nato da donna privo di fattezze umane, oppure le parti di un cadavere, come un teschio o uno scheletro.

Fu il legislatore ad intervenire in queste controversie, ribaltando in gran parte le sorti di queste spoglie mortali, come lo stesso Florian mise in luce. Il Codice Rocco, all'art. 578, ridisegnò il reato di infanticidio prevedendo due diverse fattispecie, quella dell'infanticidio propriamente detto (uccisione di un neonato immediatamente dopo il parto) e quella del feticidio (uccisione del feto durante il parto), rendendo così indiscutibile il riconoscimento della condizione di cadavere anche al feto, oltre al nato morto[96]. Un riconoscimento da parte del legislatore che, però, Eugenio Florian stesso teneva a precisare essere dovuto non solo a considerazioni biologiche (è pur sempre vita, anche se "intrauterina"), ma anche ad una "ragione sociale e giuridica perché anche queste misere spoglie del concepimento, espulse in modo anormale, sono nel sentimento sociale circondate di pietoso rispetto, benché circonfuso di commiserazione e spesso non disgiunta da ribrezzo"[97].

La dottrina, quindi, inizialmente non mancò di ricollegarsi a questo nuovo impianto normativo in tema di infanticidio prima dell'approdo alla vita extrauterina[98]. L'idea, ovviamente, era di ammetterne il riconoscimento come cadaveri – ed applicarvi la relativa tutela – nel momento in cui fosse stato possibile considerarli in relazione alla

[92] E. Florian, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, cit., p. 247 e nota n. 4.

[93] C. Civoli, *Trattato di diritto penale,* cit., p. 510.

[94] E. Florian, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, cit., p. 247.

[95] F. Campolongo, *I delitti contro la religione e la pietà dei defunti: studio di storia e di legislazione*, Napoli 1931, p. 135.

[96] E. Florian, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, cit., p. 248.

[97] *Ibidem*.

[98] Ivi, pp. 246-247.

circostanza di essere stati eventualmente uccisi. Si poteva affermare che sarebbe stato omicidio l'uccisione di qualsiasi nato di donna, perché sarebbe stato un essere umano qualsiasi 'essere' uscitole dal ventre, a prescindere dall'aver completato le sembianze umane? E tale uccisione, poteva avvenire nel ventre materno nel caso del feto, così come immediatamente dopo la sua espulsione nel caso del nato morto? Di quest'ultima opinione erano Impallomeni, Vannini, Altavilla, Crivellari, mentre Florian, Maggiore, Saltelli, Romano e Piacentini escludevano il feto, accogliendo la sola ipotesi del nato morto.

Per quanto riguardava una possibile qualifica di essere umano da riconoscere al mostro, Eugenio Florian asseriva con determinazione che "poco importa che l'essere uscito dal ventre materno abbia complete le sembianze umane o queste abbia in parte di bestia: è umano ciò che nasce di donna, questa è condizione necessaria e sufficiente insieme: ogni altra indagine sarebbe estranea e pericolosa", e da questo assunto per lui indiscutibile, ne scaturiva che non solo "anche il cadavere del mostro è qui protetto", e su questo punto era pienamente concorde anche Alfredo Sandulli[99], ma per tale genere di creature andava sicuramente riconosciuta la condizione di soggetto passivo del reato di omicidio, e come lui ritenevano Carlo Saltelli e Giulio Crivellari, mentre Maggiore escludeva tali creature anche dalla eventuale definizione di cadavere.

Vincenzo Manzini intervenne nel dibattito sostenendo con forza che, a prescindere dall'intervento del legislatore in tema di infanticidio e "feticidio", per individuare una valida nozione di cadavere ai fini dell'applicazione della speciale protezione accordatagli dal codice penale, non ci si poteva affidare passivamente a quelle elaborate ai fini di altre normative, come anche quelle di medicina legale o di diritto privato per i loro specifici fini applicativi. Tali discipline, precisava il Manzini, nulla avevano a che fare con l'ordine di valori e le categorie di riferimento proprie delle norme che punivano il vilipendio di cadavere, norme che tutelavano il rispetto dovuto al sentimento collettivo di devozione verso i defunti, e non già il cadavere in quanto tale, che, pertanto, andava inteso in una accezione ora più ampia, ora più ristretta, a seconda della sua idoneità a giustificare quel rispetto e ad eccitare quel sentimento[100].

Circa la protezione dello scheletro e delle ossa, infine, Cesare Civoli, che pure aveva accettato un'interpretazione restrittiva, escludendo dalla protezione dell'art. 144 i feti non completamente sviluppati, affermava chiaramente che, sebbene gli avanzi sfuggiti al processo di decomposizione al quale i corpi morti andavano soggetti fossero cosa ben diversa dal cadavere in senso stretto, nondimeno nell'interpretazione delle leggi più che delle sottigliezze filologiche va tenuto conto delle tradizioni giuridiche, ed i giuristi, come interpreti dei sentimenti popolari, che non hanno mai distinto, quanto al rispetto loro dovuto, fra le ossa e le altre parti dei corpi morti, hanno sempre equiparato le ossa umane al cadavere intero; sicché non è da credere che all'art. 144 si sia usata la parola cadavere, anziché il termine di avanzi inanimati od altra simile locuzione, che sarebbe riescita anche poco consona alla concisione del linguaggio legislativo, poiché si volesse escludere lo scheletro dalla tutela penale concessa a mezzo di essa, ma perché invece giustamente si riteneva, che fosse superfluo di ricercare altri modo di dire per far capire che si voleva punito chi avesse mancato di

[99] A. Sandulli, *Delitti contro la pietà verso i defunti,* in "Rivista Penale", (1938), p. 251.

[100] V. Manzini, *Trattato di diritto penale,* cit., p. 446.

rispetto alle spoglie mortali di un uomo, qualunque poi fosse lo stato nel quale al momento dell'offesa si trovassero ridotte[101].

E il Longo, con la stessa interpretazione estensiva che abbiamo già visto per i feti e i nati morti, precisava che "giacché il legislatore intende di reprimere un sentimento di disumanità e di sconvenienza è da ritenere che nella parola cadavere si intenda compreso qualunque avanzo delle umane spoglie"[102]. Così, secondo Eugenio Florian, "necessario e sufficiente si è che resti la forma umana, ad esempio lo scheletro: poco conta se qualche parte del corpo manchi" mentre non più tutelabili come cadavere erano altre parti del corpo come semplici e distinte ossa che, sebbene inequivocabilmente appartenenti alle spoglie mortali di un uomo, non fossero tali da rievocarne immediatamente le sembianze[103]. E le mummie o i corpi imbalsamati? In loro certamente le fattezze erano altamente rievocative, ma si eccepiva che si trattava del risultato di artificiosi processi di manipolazione tali da non conservare se non la mera foggia delle spoglie mortali.

Non fu solo la dottrina ad intervenire su questo argomento, e le sue riflessioni si intrecciarono con quelle di giudici e legislatori. La Cassazione nei primi anni Novanta dell'Ottocento, trattando dell'oggetto della tutela dell'art. 144, ricordava che *dicitur cadaver corpus quandocumque mortuum*[104]. Con riferimento ad un caso di mutilazione di nato morto, visto che dalle prove raccolte si era potuto stabilire che il corpo era di creatura nata da donna che era sopravvissuta anche se per pochi istanti alla nascita del figlio, la Cassazione riconosceva quindi che tale condizione ne permetteva la inclusione in modo inequivoco nella disciplina prevista per i reati di vilipendio di cadavere.

Tale pronuncia, però, a detta del Florian portava ad interpretare la nozione di cadavere umano scelta dal Codice Zanardelli nel contesto di un sistema argomentativo non condivisibile, e forti critiche nei confronti di questa sentenza della Cassazione espresse anche Alfredo Sandulli[105]. Il legislatore del 1889, proseguiva Florian, in questo caso aveva scelto di non esprimersi, richiedendo la mera condizione di cadavere senza indicare nessun tipo di restrizione o specificazione, vale a dire senza far alcun riferimento al momento della morte e ad una preesistente condizione vitale[106]. E la giurisprudenza era intervenuta anche a favore dell'inclusione dello scheletro, o di parti di esso, nella protezione dell'art. 144, condannando per vilipendio di cadavere "uno che s'era sconciamente divertito a spingere coi piedi per la strada un teschio staccato da uno scheletro sepolto a fior di terra"[107].

Nonostante l'ottimistico approccio di Florian, che concludeva su questo punto affermando che anche grazie alla nuova configurazione del reato di infanticidio, il concetto di cadavere era arrivato ad estendersi "fino ad abbracciare ogni essere,

[101] C. Civoli, *Trattato di diritto penale,* cit., nota n. 2, pp. 509-510.

[102] M. Longo, *Commento al Codice penale*, cit., p. 449.

[103] E. Florian, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, cit., pp. 248-249.

[104] Cassazione, sentenza del 3 marzo 1893, in "Rivista penale", (1893), pp. 150-151.

[105] A. Sandulli, *Delitti contro la pietà verso i defunti*, cit., p. 251 e nota n. 36.

[106] E. Florian, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, cit., p. 247.

[107] Cassazione, sentenza del 9 dicembre 1903, in "Rivista penale", (1903), p. 573.

qualunque ne sia il destino successivo", restavano aperti molti problemi applicativi. Nemmeno una definizione di cadavere, partendo dalla vita che lo aveva abbandonato, era sufficiente a fornire una nozione capace di includere il complesso insieme di beni, valori e sensibilità individuali e collettive, per la cui tutela si doveva ricercare una risposta adeguata e pacificatrice, escludendo, al tempo stesso, approcci teologici o squisitamente confessionali, profili emotivi ovvero incongruenze sistematiche rispetto ad altri loci del codice o ad altre normative, come i regolamenti di polizia mortuaria e di igiene sanitaria o sulla certificazione dei decessi.

Eppure, non si erano ancora esauriti i dubbi interpretativi ed applicativi provocati dalla sfuggente identità del cadavere e dell'ordine di valori che ne imponevano la protezione. Era davvero solo nella sua specifica identità materiale che il cadavere doveva essere tutelato? E se l'atto di vilipendio, quello, ad esempio, richiesto dall'art. 144 del Codice penale Zanardelli, atto materiale secondo dottrina e giurisprudenza unanime come ci ricorda Noseda, e non quindi il mero insulto verbale, se, dunque, questo atto di vilipendio – come un calcio, un pugno, uno sputo – si realizzava sulla bara e non direttamente sul corpo morto che vi era riposto? Sempre secondo Noseda, non occorreva che il vilipendio «cada direttamente sul cadavere, ma basta che essendo diretto a questo colpisca la bara, il sarcofago nel quale la spoglia è composta», perché, come aveva affermato la Cassazione, "l'involucro che contiene le spoglie mortali degli estinti, e che può ritenersi pei morti ciò che forma l'indumento dei vivi, viene a costituire un tutto col cadavere stesso ed è nella coscienza umana improntato di solennità religiosa quanto il cadavere che ivi si contiene, ed è evidente che chi fa atti di vilipendio in ciò che ricopre il cadavere, lo fa con scopo di recare offesa al cadavere stesso"[108].

Era davvero difficile 'escludere', difficile circoscrivere, definire, indicare precisi limiti a quel nodo ostinato di sentimenti e paura che nessuno avrebbe mai ammesso ad oggetto di una tutela penale, ma che al tempo stesso permeava di sé ogni dubbio, ogni tentativo sistematico, ogni sforzo ermeneutico.

[108] Corte di Cassazione, sentenza del 15 giugno 1898, in "Rivista penale", (1898), pp. 242-243; nonché E. Noseda, *Dei delitti contro la libertà*, cit., p. 452.

Historia et ius - ISSN 2279-7416
rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 27

Marco Cavina

Il "buonismo" delle Corti d'assise. Culture filo-eutanasiche fra XIX e XX secolo

Si dice che il celebre scienziato svedese Alfred Nobel richiedesse a Francesco Crispi, primo ministro del regno d'Italia, di fondare due istituti – a Roma e a Milano – del costo di 250000 lire ciascuno. In essi si sarebbe dovuto praticare la morte indolore per gas asfissiante a chiunque la richiedesse, istituzionalizzando il suicidio e quel *ius in se ipsum* su cui tanto si era affannata la trattatistica di antico regime. Il Crispi dimostrò soltanto un cortese e gelido interesse[1]. Qualche anno prima, nel 1870, in una edizione molto defilata aveva visto la luce a Londra un saggio, intitolato *Euthanasia*, ad opera di un insegnante di scuola, Samuel Williams, che si incentrava su di una serrata difesa del diritto all'eutanasia per i malati incurabili. Nonostante – come ho cercato altrove di dimostrare – culture filo-eutanasiche avessero segnato con continuità la storia europea medievale e moderna, con quest'opera si inaugurava una stagione culturale che avrebbe portato il problema alla ribalta del dibattito pubblico e scientifico in Europa e negli Stati Uniti. E però, come spesso avviene nella storia delle idee, giuridiche e non, è pressoché impossibile comprendere una cultura senza riprendere le fila di una storia che solitamente è pluricentenaria e, quantomeno, europea. Ciò vale anche per quella singolare fenomenologia giudiziaria che ebbe luogo intorno a casi di eutanasia, soprattutto nelle corti d'assise, fra '800 e '900.

Diritto dei giuristi e diritto dei non giuristi vi si confrontarono sulla base di dialettiche di estremo interesse. In relazione a mie ricerche passate ho avuto modo di verificare prassi analoghe in tema di duello e di delitto d'onore. Oggi vorrei parlarne in relazione all'eutanasia.

Nel 1929, in un solido saggio su *L'omicidio e la lesione personale del consenziente*, Antonio Visco enumerava, scandalizzato, i numerosi casi deducibili dalla cronaca giudiziaria contemporanea in cui omicidi eutanasici erano stati risolti con pene assai moderate o addirittura con assoluzioni in particolare dalle corti d'assise, auspicando il ridimensionamento del ruolo dei giudici popolari nel processo penale. Il buon Visco ne era addirittura scandalizzato, gli pareva che tutto ciò fosse in contrasto con i più elementari principi della civiltà giuridica, ed esclamava: "Verdetti di pietà non verdetti di giustizia! I giurati molto spesso si arrogano un diritto di grazia che nessun legislatore ha loro accordato"[2]. La sua era una opinione condivisa da molti. Il grande penalista Vincenzo Manzini annotava sarcasticamente che "l'esempio delle assoluzioni, la prospettiva d'una larga pubblicità e della fama di persone dotate di una squisita sensibilità e di pietà celestiale, ma soprattutto l'utilità di sbarazzarsi impunemente di una persona molesta, fece crescere con impressionante progressione l'eutanasia.

[1] F. Guermonprez, *L'Assassinat Medical Et Le Respect De La Vie Humaine*, Paris, 1904, pp. 4-5; G. Del Vecchio, *Morte benefica (l'eutanasia) sotto gli aspetti Etico-Religioso, Sociale e Giuridico*, Torino, 1928, p. 66.

[2] A.Visco, *L'omicidio e la lesione personale del consenziente. Saggio di una teoria generale sulla efficacia del consenso del soggetto passivo nel diritto penale*, Milano 1929, pp. 51-52.

Quante persone compassionevoli esistevano insospettate, che, prima di questa trovata, erano costrette, dalla nequizia sociale, a frenare la loro pietà!"[3].

Nei codici penali europei dell'ultimo scorcio del XIX secolo in materia di aiuto/partecipazione/istigazione al suicidio e/o in materia di omicidio del consenziente erano abbastanza diffuse sanzioni più blande rispetto all'omicidio doloso, ma non mancavano nemmeno ordinamenti giuridici in cui non era prevista alcuna pena specifica. Pertanto l'eutanasia era genericamente ricompresa sotto il regime ordinario dell'omicidio doloso ovvero – quando presente – sotto la più morbida e specifica disciplina dell'aiuto al suicidio o dell'omicidio del consenziente.

L'Europa del centro-nord, ferma la condanna dell'eutanasia, appariva più sensibile, a valle di antiche tradizioni che qui non è possibile rievocare neppure fuggevolmente. Certo è che nei codici di vari Stati tedeschi preunitari ricorreva la figura giuridica di un omicidio doloso ma sanzionato in misura minore poiché richiesto espressamente da un malato terminale o da una persona mortalmente ferita. Ad esempio, nel codice del Württemberg all'articolo 239 era enucleata la fattispecie prettamente eutanasica in cui la vittima fosse colpita da una malattia o da una ferita letale, sanzionata soltanto con una pena da sei mesi a sei anni di reclusione. Su linee più o meno affini erano, fra gli altri, i codici di Prussia, di Baden, di Baviera e di Hesse-Darmstadt, sino alla codificazione penale norvegese e al codice danese.

Anche fuori d'Europa – spesso su evidente influsso europeo, ma talvolta con marcate peculiarità – non mancavano norme in materia, ad esempio in Messico, Brasile, Sudan, India e Giappone. Nell'America del Sud il codice penale peruviano del 1924 all'articolo 157 esentava addirittura da ogni pena chi per motivi altruistici inducesse altri al suicidio o vi cooperasse, mentre l'articolo 37 del codice penale dell'Uruguay consentiva al giudice di non applicare alcuna sanzione a chi commettesse omicidio "per dei motivi di pietà"[4]. Si trattava di quell'omicidio 'pietoso' o 'filantropico', di cui scrivevano spesso i giuristi del tempo.

Gli Stati Uniti si distinguevano per le posizioni dichiaratamente filo-eutanasiche delle associazioni mediche e per le prime proposte legislative di legalizzazione – specificamente negli Stati dell'Iowa e dell'Ohio –, tutte fallite, ma che suscitavano spesso l'ironia della stampa europea. Ad esempio, nel 1913 il quotidiano francese *Le Temps* motivava il favore del popolo statunitense per la legalizzazione dell'eutanasia, in quanto popolo giovane, privo di tradizione e di antica civiltà, un popolo che gabellava per progresso quanto non era che un regresso verso stadi dell'Antichità più oscura allorché gli uomini erano soliti sopprimere vecchi e ammalati[5].

In Francia come in Italia l'eutanasia era, né più né meno, un omicidio doloso. L'esperienza francese fra '800 e primo '900 ci permette di valutare le fondamentali movenze della dottrina giuridica e della giurisprudenza in un ordinamento che taceva sia sull'assistenza al suicidio sia sull'omicidio del consenziente. Fatalmente furono i tribunali a supplire le lacune, riprendendo per via comparativa le figure normativizzate da altri ordinamenti. Secondo la giurisprudenza francese, ad esempio, occorreva

[3] V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, Torino1951, VIII, p. 86.

[4] R. Charles, *Peut-on admettre l'euthanasie*, Paris 1955, p. 113.

[5] *Le médecin maître de l'heure ou l'euthanasie légale*, [Docteur François Helme], in *Le Temps*, 1913 (22 novembre), ma vedi anche – in *La Revue de Paris* del 1925 – É. Forgue, *L'euthanasie*, pp. 167-168.

distinguere fra chi aveva indotto al suicidio e chi vi aveva semplicemente collaborato materialmente. In questo secondo caso non vi era reato così come non era reato il suicidio, trattandosi di un fatto soltanto moralmente condannabile in molti casi, e nemmeno in tutti. Nel repertorio del Dalloz si faceva il caso del colonnello Combes, il quale nelle sue memorie aveva ricordato di aver messo in Russia una pistola nelle mani di un camerata, ferito mortalmente e abbandonato dai medici, dopo che questi lo ebbe a lungo pregato di permettergli di porre fine alle proprie pene[6].

L'omicidio del consenziente, invece, fu considerato semplicemente una ipotesi di omicidio volontario, in quanto – si legge nell'autorevolissimo Chauveau-Hélie – "la questione prende una notevole gravità quando l'agente non si è limitato a degli atti di assistenza, bensì, per obbedire alla voce dell'insensato che implorava la morte, ha prestato il suo braccio e ha tenuto l'arma distruttiva, quando ha consumato l'omicidio"[7].

La premessa era in un'importante sentenza della Corte di Cassazione sul caso di un certo Lefloch (14 giugno 1816-16 novembre 1827). Il Lefloch fu condotto davanti alla corte d'assise di Finistère per aver commesso un omicidio su consenso della vittima, la quale aveva addirittura lasciato una dichiarazione scritta in cui dichiarava che la sua morte aveva avuto luogo soltanto per sua formale richiesta e fermissima intenzione. Il presidente della corte, più o meno maliziosamente, sviò i giurati, a cui consigliò di far riferimento non al depenalizzato suicidio bensì al concetto di 'omicidio su domanda del defunto'. Sulla base dell'accertato 'omicidio' il Lefloch fu condannato a morte. Nel ricorso la difesa sostenne la tesi della complicità nel suicidio, respinta dalla cassazione, che escluse il nesso logico e giuridico fra l'assistenza al suicidio e l'omicidio del consenziente – "se il suicidio non è un fatto punibile dalle leggi penali del regno, non c'è suicidio propriamente detto che allorché una persona si dà la morte personalmente" –. Trattandosi di interessi di ordine pubblico e mancando una specifica norma che escludesse in tali casi la responsabilità, poco importava che vi fossero stati consenso, provocazione od ordine della vittima[8].

La dottrina francese e quella tedesca maggioritarie seguirono più o meno questa tesi della piena assimilazione all'omicidio volontario. Non mancarono, tuttavia, le perplessità per il formalismo di una concezione, che non riconosceva le obiettive specificità di un omicidio realizzato col consenso della vittima. Il meccanismo argomentativo critico – portato avanti in particolare da Chaveau ed Hélie – appariva agevolmente lineare, valorizzando la volontà suicida a scapito dell'atto materiale. "Un uomo – si legge – avrà armato il braccio di un devoto servitore, avrà richiesto imperiosamente la preparazione di un veleno in nome di una cieca amicizia, lui soltanto avrà deciso e preparato la sua morte". La mano estranea ed 'assassina' non è stata altro che uno strumento, un'arma di cui la vittima ha diretto i colpi. L'atto non può cambiare natura perché è cambiato il modo di eseguirlo. Il suo carattere suicidario non riposa nella forma esteriore della morte, ma nella soggiacente volontà. L'omicida realizza il fatto materiale e dimostra la volontà di uccidere, ma è assente l'intenzione

[6] V. Dalloz, *Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence,* Paris 1853, XIV, p. 607.
[7] A. Chauveau – F. Hélie, *Théorie du Code Pénal,* Bruxelles 1863, I, p. 737.
[8] V. Dalloz, *Jurisprudence générale*, cit., pp. 608-609; A. Chauveau – F. Hélie, *Théorie du Code Pénal*, cit., pp. 737-738.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 27

criminosa in quanto volontà di nuocere. Quest'ultimo era l'aspetto più tecnicamente più fragile, in quanto buona parte della dottrina giuridica escludeva la necessità di una criminosa volontà di nuocere per l'imputazione di omicidio. Secondo Chaveau ed Hélie, invece, la volontà di uccidere di per sé non è essenzialmente criminale, essendo necessaria la volontà di commettere un crimine. Il fatto che la volontà dell'agente aderisca e si confonda nella preminente volontà suicidaria della vittima modifica in profondità la criminosità dell'azione. L'atto non trova la sua fonte nella violenza, nella cupidigia e nelle 'più odiose passioni', bensì in una 'falsa pietà' o in una 'malintesa devozione'. L'interesse perseguito dall'agente non è quello personale, bensì quello della vittima in una azione depenalizzata: il suicidio.

Con tutto ciò Chaveau ed Hélie ritenevano comunque che l'eutanasia e l'omicidio del consenziente fossero azioni immorali, che lo Stato francese doveva punire, ma con qualificazione specifica. La conclusione era che anche in Francia, come in altre legislazioni straniere, avrebbe dovuto essere introdotta una sanzione peculiare in relazione al caso di 'omicidio commesso per ordine della vittima'. In assenza di un'esplicita previsione Chaveau ed Hélie ritenevano che l'unica figura di riferimento poteva essere l'omicidio per imprudenza, la cui pena, però, appariva sin troppo blanda. Si registrava, dunque, una lacuna che soltanto la legge poteva colmare[9].

In Italia la scuola positiva del diritto penale cercò altrove le risposte. Il motivo fondamentale, per cui l'omicida del consenziente avrebbe dovuto essere punito in misura significativamente minore rispetto all'omicida con dolo, era da ricercare non solo e non tanto sul piano formale della volontà, bensì nel diverso grado di pericolosità sociale. Cesare Lombroso si dimostrò particolarmente attento alla questione, facendo rientrare l'omicidio del consenziente fra i cosiddetti 'delitti convenzionali'. Scriveva: "In che sentiamo noi scossa la opinione della nostra sicurezza, se veniamo a sapere che un cittadino fu ucciso per sua richiesta? Non c'è che la chiesa, la quale, in coerenza logica coi suoi principii, possa pretendere di salvare il peccatore anche malgrado suo"[10].

Alla base delle conclusioni del Lombroso era uno splendido saggio di Enrico Ferri *L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica*. Secondo il Ferri la stessa distinzione normativa e dogmatica fra assistenza al suicidio e omicidio del consenziente appariva obsoleta e da superare sulla base della concreta valutazione psicologica caso per caso[11]. Non era sufficiente limitarsi a considerare la mera capacità della vittima di prestare un valido consenso. Occorreva invece spostare l'attenzione sui motivi. Se questi non erano 'anti-giuridici' o 'anti-sociali', ma erano radicati in istanze umanitarie, doveva venir meno ogni responsabilità giuridica. Ovvio che il caso per eccellenza era l'eutanasia. Non a caso in area tedesca, nello stesso ordine di idee, il Liszt restrinse il campo al solo motivo della pietà per la malattia inguaribile della vittima, ed escluse il medico dal ruolo di 'esecutore', riservandolo alle persone affettivamente vicine alla vittima. In Italia il Grispigni propose, invece, una formula più ampia, per cui il nobile motivo che poteva rendere lecito l'omicidio del consenziente doveva consistere nella "pietà che all'agente ispirano le condizioni fisiche o morali della persona", con ciò inglobando

[9] A. Chauveau – F. Hélie, *Théorie du Code Pénal*, cit., pp. 738-741.

[10] C. Lombroso, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, V ed., Torino 1896, III, pp. 315-316.

[11] E. Ferri, *L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica*, III ed., Torino 1892, pp. 68-69.

anche eventuali motivi d'onore[12].

Un altro itinerario dottrinale fu quello che insisteva sull'elemento psicologico dell'uccisore, giustificandolo sulla base dello 'stato passionale' in cui si trovava ad agire. Era, questa, una tesi evidentemente fragile in quanto vincolata alla valutazione dell'omicida e al suo eventuale stato psichico. Oltretutto lo stato passionale sembrava presupporre un'azione violenta e inopinata, priva di quella meditata predisposizione necessaria per procurare una 'buona morte'[13]. Ulteriori percorsi ermeneutici erano possibili, ma difficoltosi. Vi era chi riteneva di mitigare la qualificazione di omicidio volontario con la scusante della cosiddetta 'forza semi-irresistibile' che avrebbe spinto irrefrenabilmente a uccidere l'amico implorante, straziato dai dolori e prossimo alla morte[14]. Altri ancora, più confusamente, facevano appello alla scriminante dello 'stato di necessità'[15].

Erano argomentazioni utili al fine di ottenere assoluzioni da parte dei giudici popolari nelle corti d'assise. Anzi molti autori, in ottica palesemente filo-eutanasica, proponevano di rimettersi alla comprensione e al buonismo dei giudici popolari. Caso emblematico fu quello dell'assoluzione di un operaio – Baudin – il 28 settembre 1909 da parte della Corte d'Assise della Senna per l'eutanasia nei confronti della moglie. Lo stesso atto d'accusa finiva per proporsi in chiave difensiva, concludendo che "fra i due si era stabilita una interpsicologia in cui la moglie rappresentava l'elemento morbido e attivo, e il marito l'elemento debole e passivo […] Lo smarrimento dell'emozione e l'esaltazione del sentimento della pietà hanno determinato in Baudin l'eclisse del giudizio e il fallimento della volontà"[16].

Le cronache dei giornali, dal canto loro, conferivano sempre maggior risalto a casi di eutanasia, nei quali la simpatia del redattore era spesso diretta all'autore dell'omicidio pietoso. Nel 1885 in Italia fu messo a tacere il caso di un medico che aveva offerto il veleno a un malato di idrofobia[17]. Intorno al 1906 un certo dottor Walter Kempstock di Milwaukee ammise pubblicamente e convintamente di aver praticato l'eutanasia senza nemmeno l'espresso consenso della vittima. Il caso era quello di una giovane donna, moglie di un colonnello dell'esercito che, in un accesso di malinconia, cercò di suicidarsi dandosi fuoco. Fu soccorsa troppo tardi, completamente ustionata e destinata a morte atroce. Il Kempstock optò per una iniezione di morfina ma non di un centigrammo – come gli aveva proposto un collega per fini anestetici –, bensì di trenta centigrammi, determinandone 'pietosamente' la morte[18].

In Francia, il 14 giugno 1914, il quotidiano *Le Temps* riportava il caso di due farmacisti – Pierre Juvin e Jean Juilliard – processati per vendita illegale di veleni a una cliente senza l'indicazione del medico che li avesse prescritti. Dopo qualche indagine emerse una ricetta di un certo dottor Gaudin che arrivava a consigliare l'eutanasia in

[12] F. Grispigni, *Il consenso dell'offeso*, Roma 1924, p. 686.

[13] G. Del Vecchio, *Morte benefica (l'eutanasia) sotto gli aspetti Etico-Religioso, Sociale e Giuridico*, cit., pp, 89-97.

[14] G. Crivellari, *Dei reati contro la vita e la integrità personale trattato teorico-pratico*, Torino 1885, I, p. 637.

[15] F. Grispigni, *Il consenso dell'offeso*, cit., p. 445.

[16] R. Charles, *Peut-on admettre l'euthanasie*, cit., p. 106.

[17] E. Ferri, *L'omicidio-suicidio*, cit., p. 94.

[18] *Quand le malade est perdu, le médecin a-t-il le droit de l'achever*?, in *Le Matin*, 1907 (16 agosto), ma vedi anche *Cronaca* in "La Scuola Positiva nella Dottrina e Giurisprudenza Penale", 1906, p. 372.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 27

alternativa a una cura a base di oppiacei. Si leggeva nella ricetta che la prescrizione del farmaco di 'gocce nere inglesi' "era rinnovabile secondo i bisogni della Signora", ma – vi si aggiungeva – "io ancora le consiglio di continuarla, dato che ella si trova bene, ovvero allora di far ricorso all'assenzio o al suicidio, che è ancora il miglior rimedio per sfuggire a tutte le manie e le miserie dell'esistenza". I due farmacisti furono condannati a un'ammenda di 500 franchi ciascuno[19].

Gli esempi potrebbero essere numerosi. Alcuni casi fecero particolare scalpore sui giornali per la fama dei protagonisti. A Parigi nel 1924 Stanislawa Umi□ska, celebre attrice polacca di teatro, uccise il fidanzato agonizzante, Jan □yznowski, su sua esplicita richiesta: per sentenza della corte d'assise venne lasciata in libertà. Eventi come questo suscitavano effetti emulativi. Non a caso un articolo su *Le Petit Parisien* del 17 febbraio 1925 titolava "Una emula di M.lle Uminska: una cucitrice uccide la sorella, Anaïs Levassor, che la supplica di mettere fine alle sue sofferenze: una storia di miseria, di tubercolosi e di depressione" [20]. La corte d'assise della Senna a Parigi condannò Anna Levassor a due anni di prigione[21].

Contro i rigori della legge penale la Corte d'Assise non aveva altra risorsa che quella di rendere un verdetto negativo sulla colpevolezza, in rapporto alle vertenze in cui, avuto riguardo alle circostanze della causa, essa ritenesse che le sanzioni di legge sarebbero state sproporzionate. Ai termini dell'articolo 337 del codice di procedura penale francese era un problema morale, e non giuridico, quello che si offriva ai giudici popolari. Il problema posto loro alla fine dei dibattiti era: "L'accusato *è colpevole* di aver commesso il fatto?". Non si trattava di deliberare soltanto sulla materialità del fatto criminoso, e, anche se quest'ultimo si fosse realizzato e fosse stato riconosciuto, i giurati potevano rispondere sovranamente, nella loro anima e nella loro coscienza, che l'accusato *non è colpevole* avendo ucciso o tentato di uccidere. Una tale risposta aveva per effetto di determinare obbligatoriamente l'assoluzione dell'autore del fatto criminale.

Nelle aule delle corti d'assise prendeva voce non solo l'individualismo moderno, ma anche quelle vetuste culture di accettazione dell'eutanasia, che nel continente europeo avevano prosperato senza soluzione di continuità dall'Antichità al Novecento. Nella stessa complessità delle culture cristiane, al di là delle negazioni lapidarie, la posizione verso gli atteggiamenti eutanasici fu lungo i secoli tutt'altro che unitaria e monolitica, svariando fra eterodossie, meticolose distinzioni, larvate accettazioni, costumi popolari, in un caleidoscopio di esperienze storiche che confluivano nel termine "eutanasia".

La resistenza degli atteggiamenti eutanasici popolari di fronte all'intransigenza anti-eutanasica da parte dello Stato e della religione ufficiale poteva materialmente esprimersi – nelle Corti d'Assise – soltanto con l'assoluzione e non con un'equitativa valutazione dell'entità e della tipologia della sanzione. Si avvertiva, peraltro, l'imbarazzo e lo sconcerto del giurista dotto davanti all'emersione di atteggiamenti eutanasici popolari, davanti al diritto dei non-giuristi e davanti all'irrisolto attrito giudiziario fra repressione d'apparato e "atteggiamento eutanasico" popolare. Si trattava di una frattura profonda che aveva percorso una millenaria storia europea.

[19] Vedi l'articolo *Un médecin conseille l'absinthe ou le suicide* in *Le Temps,* 1914 (14 giugno).

[20] *Le Matin*, 1925 (19 febbraio).

[21] *Le Confédéré,* 1925 (22 giugno).

Historia et ius - ISSN 2279-7416
rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 28

Marco Nicola Miletti

Ultima linea rerum. La morte dell'imputato nel processo penale italiano tra Otto e Novecento

SOMMARIO: 1. Fisicità del processo e retaggi d'antico regime – 2. Effetti processuali del *décès du prévenu*: la dottrina francese – 3. La penalistica italiana post-unitaria: lusinghe e insidie dell'azione civile – 4. Il dilemma delle sanzioni pecuniarie: pene o indennizzi? – 5. Dalla morte dell'*imputato* alla morte del *reo*: la svolta sostanzialista del 1930 – 6. Prova dell'innocenza: bagliori garantistici nel c.p.p. 1930 – 7. La revisione: il defunto processa la società – 8. Conclusioni.

1. Fisicità del processo e retaggi d'antico regime

> L'uomo partendo da questa vita si ritrae in parte dove l'umana giustizia nol può raggiungere, ed anzi nol dee seguire. La coscienza universale, in cui sta il fondamento e l'autorità di ogni legge, porta un sentimento, una fede invincibile in una giustizia suprema, assoluta, dinanzi alla quale spariscono i decreti della giustizia umana, essenzialmente *relativa*, e poco men che fallace. Il reo, morendo, esce dal dominio limitato di questa, entra nel dominio infinito di quella. Gli è vero, che anche rispetto ai viventi l'uomo *non omnis moritur* [...]. Ma i giudizi della storia sono l'espressione della coscienza universale, e questa è un riflesso del raggio divino [...]. Il processo, che fa la storia contro la memoria dei più famosi rei che desolarono l'umanità, è un processo provvidenziale: il processo, che la giustizia legale intentasse contro la memoria d'un reo, o (come altre volte si diceva e si praticava) contro il cadavere del reo defunto, sarebbe un eccesso disumano, e poco meno che un sacrilegio[1].

All'indomani dell'Unità Matteo Pescatore, alto magistrato piemontese, padre fondatore della "proceduristica italiana"[2], illustrava, attraverso l'antica dicotomia tra giustizia terrena e giustizia metafisica, la scelta dei 'moderni' di rinunciare a processare i morti, di arrestarsi al di qua dell'*ultima linea rerum*[3]. In pochi decenni la più autorevole penalistica del giovane Regno introiettò la medesima sensibilità e si volse sdegnata ai macabri rituali d'un passato non troppo remoto. Essa prese atto che "soltanto un pervertimento della pubblica coscienza" aveva potuto così a lungo disconoscere un

[1] M. Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale. Con appendici di complemento sui temi principali di tutto il diritto giudiziario [...]. Vol. II*, Torino 1865, pt. II, lb. I, sez. II, cap. I, pp. 1-2.

[2] G. Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo (per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. III*, Firenze 1977, p. 1417, ora in G. Tarello, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di Riccardo Guastini e Giorgio Rebuffa, Bologna 1989, pp. 44-45; F. Cipriani, *Matteo Pescatore e Lodovico Mortara: due vite parallele (a proposito di un non recente libro)*, in "Rassegna di diritto civile", 1990, p. 727 ss., ora in F. Cipriani, *Scritti in onore dei* patres, Milano 2006, pp. 1-6; C. Besso, *Pescatore, Matteo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna 2013 [d'ora in avanti *DBGI*], II, p. 1553.

[3] N. Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie esposta [...] con le formole corrispondenti. Dedicata alla Maestà di Francesco I re del Regno delle Due Sicilie. Parte prima. Vol. III*, Napoli 1828, tit. IV, cap. V, n. 838, p. 831 citava la frase di Orazio (*Epistolae*, I.16.79) per contrassegnare la morte come la prima delle cinque cause estintive delle azioni nascenti da reato.

principio, quale l'estinzione dell'azione penale alla morte dell'imputato, "oramai accolto dalla moderna civiltà giuridica come un dogma di giustizia sociale"[4]. Proclamò che "imputato nel processo penale può divenire soltanto la *persona fisica*: cioè un *individuo umano attualmente vivente*". Tacciò di "stoltezza" i processi agli animali o il "costume [...] assai più tristo e ignobile" di "procedere penalmente contro *defunti*"[5].

La lettura di *On civil liberty and selfgovernment*, manifesto della dottrina americana dello Stato liberale, pubblicato nel 1853 dal berlinese Francis Lieber e tradotto nel 1890 per la *Biblioteca di scienze politiche* di Attilio Brunialti, insegnava che uno dei requisiti d'un "giusto e savio giudizio penale nel nostro stadio di civiltà" consisteva nel fatto che "la persona da giudicare [fosse] presente ed, in conseguenza, vivente". In una nota maliziosa, Lieber osservava che i processi agli "assenti" erano diffusi nei paesi di tradizione romanistica, come la Francia; e che la Chiesa non si era mai sottratta dal giudicare e condannare eretici già morti. Il diritto dell'accusato a comparire appariva scontato, eppure, constatava lo studioso, "l'autorità lo riconobbe soltanto molto tardi e tende sempre a scostarsene, sia essa rappresentata da un monarca o da un popolo appassionato": di recente esso era stato violato in alcuni Stati occidentali durante i processi celebrati secondo la sbrigativa legge di Lynch, nei quali si era ingiunto agli imputati assenti di non rientrare mai più a casa[6].

L'insistenza sulla *fisicità* di un imputato *vivo* quale condizione minima per instaurare e proseguire un processo penale sottintendeva l'urgenza di rimuovere pratiche ormai

[4] A. Stoppato, *Azione civile nascente da reato*, in *Il Digesto italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza [...] diretta da Luigi Lucchini*, *Volume IV – Parte seconda*, Torino 1893-1899, n. 46, p. 805. L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1895, n. 95, p. 107 osservava che il riconoscimento della morte quale causa estintiva era "il prodotto di una lunga elaborazione nella legislazione e nella scienza, e fra taluni popoli orientali continua tuttora la barbara usanza di colpire con la penalità non solo il reo, ma anche i suoi discendenti e famigliari". Cosí ancora Id., *Elementi di procedura penale*, Firenze 1920[4], n. 95, p. 129.

[5] V. Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino 1912, n. 227, pp. 333-334 (csvv. dell'A.). Id., *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930. Volume Primo [...]*, Torino 1933, I, n. 204, pp. 463-464 ribadiva che il requisito della *vita*, indispensabile ai fini della capacità giuridica penale, benché di evidenza "patente" rappresentava tuttavia "una conquista della civiltà moderna". Anche per L. Lucchini, *Elementi* (1895), cit. in nt. 4, n. 63, p. 79 l'azione penale non poteva "aver di mira che una persona fisica, quella stessa persona fisica che solo può essere imputabile e responsabile di un reato"; per lo stesso concetto v. Id., *Elementi* (1920), cit. in nt. 4, n. 63, pp. 99-100, ove però, in luogo di *persona fisica*, si legge: "un uomo, nella sua individualità naturale". V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*. Ristampa della seconda edizione accresciuta e perfezionata. *Volume primo*, Torino 1926, n. 204, p. 387, nel lamentare l'assenza d'una norma *ad hoc* per l'ipotesi in cui si dubitasse seriamente dell'esistenza in vita dell'imputato, evocava la vicenda d'un tale, suicida nell'Arno, erroneamente condannato in contumacia: dopo il ritrovamento del cadavere, l'11 febbraio 1905 la Cassazione aveva dichiarato nullo il procedimento ed estinta l'azione penale. Anche per P. Tuozzi, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice d'Italia esposto nell'Università di Napoli [...]. Volume I – Parte I*, Napoli 1890, pp. 498-499 doveva ritenersi "non avvenuta la sentenza contumaciale" erroneamente emessa quando l'imputato era già morto. All'incidenza della morte sulla capacità giuridica penale accennava S. Ranieri, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 1945, p. 365.

[6] F. Lieber, *On civil liberty and selfgovernment* (1853), tr. it. *La libertà civile e l'autogoverno*. Prima Traduzione Italiana sulla terza edizione inglese riveduta da T.D. Woolsey di P. Fea, in *Biblioteca di scienze politiche. Scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di Scienze Politiche* diretta da A. Brunialti, *Volume V*, Torino 1890, p. 160 e ivi, nt. 1. Il brano di Lieber era citato da V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1926), cit. in nt. 5, I, n. 204, p. 387 per comprovare che la presenza dell'imputato costituiva una condizione di "certezza" del diritto.

inaccettabili come la condanna in effigie, la combustione del cadavere, la responsabilità penale degli eredi. Le quali però, a ben guardare, avevano spesso inscenato il raccapricciante epilogo di riti inquisitori spietatamente *fisici*. Nel 1588 Pierre Ayrault avvertiva in termini lapidari: "Quand il n'y a point d'accusé, il ne peut y avoir ni accusation ni accusateur"; a chi si rivolgerebbe l'informazione, con chi si confronterebbero i testimoni, chi verrebbe giudicato? Accusatore e accusato, concludeva Ayrault, sono concetti relativi, come quelli di padre e figlio[7]. Il processo romano-canonico, secondo la nota intuizione di Foucault, scaricava sul "corpo dell'accusato, corpo parlante e, se necessario, sofferente", la furia degli invasivi strumenti di ricerca della verità[8].

La Francia dei trionfi codicistici s'illuse d'aver archiviato il sinistro adagio *male tractando mortuos, terremus et viventes*. I codici, spiegava Faustin Hélie, avevano assolutizzato il principio sotteso all'*Ordonnance criminelle*, e cioè che la morte dell'accusato estingue l'azione penale[9].

In realtà il percorso non fu così lineare. Al tramonto dell'antico regime, un modello processuale come quello asburgico, ancora permeato dalla logica inquisitoria ma non privo di elementi di modernizzazione, considerava imprescindibile la presenza materiale dell'imputato e prevedeva, in caso di morte di quest'ultimo, l'estinzione del procedimento: ma non rinunciava a riservare un trattamento infamante, o almeno

[7] P. Ayrault [1536-1601], *L'ordre, formalité, et instruction judiciaire, dont les Grecs et Romains ont usé és accusations publiques. Conferé au stil et usage de nostre France [...]. Édition dernière*, A Lyon 1642 [I ed. del lb. II: 1588], liv. II, *article premier*, n. 21, p. 117. Ivi, n. 22, p. 120 un cenno al processo per effigie.

[8] M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976 e 1993, pp. 43-44, a proposito di tortura e confessione. Nella riflessione foucaultiana è frequente la sovrapposizione tra corpo dell'imputato e corpo del condannato, ma la confusione è, in qualche modo, coerente con l'idea della duplice funzione assolta dalla tortura: anticipo di punizione e strumento per estorcere la parte residua di verità (ivi, p. 46). La penalistica del secolo XIX non rinunciò al gusto di rintracciare, anche a proposito della morte dell'imputato, i 'precedenti' romanistici: cfr. F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle [...]*. Deuxième édition entièrement revue et considérablement augmentée. *Tome Deuxième. De l'action publique et de l'action civile*, Paris 1866, *lv.* II, *t.* II, *chap.* XX *Effets du décès du prévenu sur l'action publique*, § 970, pp. 548-549; P. Tuozzi, *Corso* (1890), cit. in nt. 5, pp. 496-497.

[9] F. Hélie, *Traité*, cit. in nt. 8, *lv.* II, *t.* II, *chap.* XX, §§ 971-972, pp. 550-551. Secondo l'A., le antiche leggi francesi, in forza d'una procedura straordinaria, perseguivano il reo oltre la tomba per rendere esemplare la pena, in ossequio all'adagio *male tractando mortuos, terremus et viventes*. L'*Ordonnance criminelle* (1670), tit. XXII, art. 1 limitò a quattro le ipotesi in cui si sarebbe potuto processare un cadavere o la memoria d'un defunto: lesa maestà divina o umana, duello, suicidio, ribellione violenta alla giustizia conclusasi con l'uccisione dell'imputato (*Code Louis. T. II: Ordonnance criminelle, 1670* [Testi e documenti per la storia del processo, a cura di N. Picardi e A. Giuliani], Milano 1996, p. 37). Salvo queste eccezioni (avvertiva Hélie, *op. cit.* in nt. 8, *lv.* II, *t.* II, *chap.* XX, § 971, p. 550), la morte dell'accusato estingueva l'azione penale e non lasciava strascichi nei confronti degli eredi. In parziale continuità, i legislatori moderni (osservava J.-H.-C. Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle [...]. Tome Second*, Paris 1837, *chap.* IV, *Section première*, n. 278, p. 78) accolsero la regola generale dell'antico regime ma ne rigettarono le eccezioni. L'art. 7 (erroneamente citato come art. 8 da Hélie, *op. cit.* in nt. 8, *lv.* II, *t.* II, *chap.* XX, § 972, p. 551) della *Loi 3 brumaire an. IV* (= *Code des délits et des peines*, A Bruxelles s.d. [1795], p. 4) stabiliva che "l'action publique s'éteint par la mort du coupable". Analoga la disposizione dell'art. 2 del *Code d'instruction criminelle*. Il *Code civil*, infine (art. 85), vietava qualsiasi menzione, nei registri dello stato civile, delle circostanze del decesso allorché questo fosse avvenuto per morte violenta o in carcere o per condanna capitale: sicché (argomentava Hélie, *loc. cit.* da ultimo) la morte estingueva del tutto l'azione e ne eliminava le tracce.

un'afflizione patrimoniale, al *delinquente* deceduto i cui reati avessero destato peculiare risonanza[10].

Asperità tutt'altro che desuete nelle contrade italiane del secolo XIX. Il famigerato art. 15 del codice penale sardo, risalente al 1839 e più tardi destinato ad una quarantennale vigenza in buona parte del Regno d'Italia, imponeva di affiggere un dettagliato "cartello" informativo allorché il condannato a morte si fosse sottratto all'esecuzione o con la fuga o "per morte procurata"[11]. L'infamante cerimoniale, "ultimo residuo delle esecuzioni in effigie"[12], fu stigmatizzato dai penalisti meridionali che non ne trovavano "riscontro" nel *Codice per lo Regno* e lo reputavano inutile ai fini della "correzione" e dell'"esempio"[13]. La Commissione Mancini, istituita nel 1861 per

[10] *Codice generale austriaco dei delitti e delle pene* (1787). Ristampa anastatica con scritti [...] raccolti da Sergio Vinciguerra, Padova 2005, pt. I *De' delitti Criminali, e delle Pene Criminali*, cap. VII *Dell'Estinzione de' Delitti e delle Pene*, § 178, p. 67: "Delitti e Punizione si estinguono colla morte del delinquente" in qualsiasi fase processuale questi si trovasse. Ivi, § 179: "Ne' delitti però, i quali avranno eccitato tra il popolo maggiore sensazione, e più esteso scandalo, o se prima della morte del delinquente la condanna sarà stata proferita a pena lunghissima, dovrà mettersi in effetto contro il morto quanto prescritto nel § 17". Ivi, pt. I, cap. II, § 17, pp. 7-8: "Se il delinquente mediante fuga, o per essersi nascosto, o colla sua morte resta sottratto al braccio criminale, e che si tratti di delitto clamoroso, di grave scandalo, e la di cui impunità farebbe temere ulteriori dannose conseguenze, in tal caso la sentenza punitiva può essere eseguita anche contro *Assenti* o *Morti*"; l'esecuzione avveniva esponendo sulla forca un avviso che pubblicizzava gli estremi del reo e del delitto. Analogo accanimento non si rinveniva nel *Regolamento generale austriaco della procedura criminale (1788)*. Ristampa anastatica con scritti [...] raccolti da Sergio Vinciguerra, Padova 2012, cap. XVI *Della Procedura contro li Fuggitivi, ed Assenti*, § 207, p. 156: La "Procedura criminale diretta a fondare la cognizione del giudice per una regolare sentenza suppone sempre la detenzione e presenza della persona inquisita". Nulla prevedeva per il caso di morte dell'imputato il cap. XVII dello stesso *Regolamento* a proposito di *riassunzione* (ossia revisione) del processo (ivi, pp. 167-176). Riprendeva, e per certi versi inaspriva, il trattamento riservato dalla *Josephina* al reo deceduto la cd. *Franziskana*, non solo per gli aspetti patrimoniali [*Codice penale universale austriaco* (1803). Ristampa anastatica con scritti (...) raccolti da Sergio Vinciguerra, Padova 1997, pt. I *Dei delitti*, sez. I *Dei delitti, e delle Pene*, capo XXVIII *Dell'Estinzione de' delitti, e delle pene*, § 202, pp. 64-65; su questa disposizione v. *infra*, nt. 17], ma anche perché confermava le misure infamanti. Ivi, § 203, p. 65: "Se un delinquente s'è sottratto alla pena col darsi la morte, qualora il delitto abbia fatta grand'impressione nel pubblico, e sia legalmente provato, il nome del reo colla descrizione del suo delitto vien pubblicato" ai sensi del § 498: quest'ultimo (ivi, pt. I, sez. II *Del legale Processo sopra i Delitti*, pp. 182-183) prevedeva, ancora una volta, la pubblica affissione ad un palo o al patibolo della notizia concernente i condannati assenti o latitanti. Sulle ambivalenze del rito penale asburgico tra antico e nuovo regime esiste oggi una storiografia consolidata: cfr. ad es. E. Dezza, *L'impossibile conciliazione. Processo penale, assolutismo e garantismo nel codice asburgico del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, cit. in questa nt., pp. CLV-CLXXXIII.

[11] *Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Torino 1839, lb. I, tit. I, cap. I, art. 15, p. 6; *Il codice penale per gli Stati del Re di Sardegna e per l'Italia unita (1859)*. Ristampa anastatica con scritti [...] raccolti da Sergio Vinciguerra, Padova 2008, lb. I, tit. I, cap. I, art. 15, pp. 15-16; per il testo dell'art. 15 c.p. italiano 1865 (lb. I, tit. I, cap. I) cfr. V. Cosentino, *Breve comentario al codice penale italiano [...]*, Napoli 1866, pp. 21-22. Il cartello infamante era disciplinato in termini pressoché identici dal *Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati Estensi*, Modena 1855, art. 15, p. 6.

[12] V. Manzini, *Manuale* (1912), cit. in nt. 5, n. 227, p. 334, nt. 1; Id., *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Con prefazione di Alfredo Rocco Ministro della Giustizia. *Volume Secondo. I soggetti del rapporto processuale penale [...]*, Torino 1931, n. 227, p. 289; Id., *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Quinta edizione con le modificazioni del 1955 e precedenti. *Volume Secondo [...]*, Torino 1956, II, n. 227, p. 314; e già V. Cosentino, *Breve comentario* (1866), cit. in nt. 11, pp. 21-22.

[13] V. Cosentino, *Breve comentario* (1866), cit. in nt. 11, p. 22.

adeguare il codice sardo-piemontese alle province 'napoletane', non volle rinunciare all'abolizione, decretata dalla legislazione borbonica, della "pena infamante"[14]. Lo sguardo lungo dello storico avrebbe indotto Giuseppe Salvioli, nel 1886, a deprecare il cedimento dei codici penali tuttora vigenti a sanzioni così vendicative ed esemplari: "idee viete, bandite generalmente dalle leggi moderne", che a suo avviso ponevano il legislatore in imbarazzante contraddizione tra il perdono di fatto accordato – tramite l'estinzione del processo – al morto per cause naturali e l'*incrudelimento* verso il suicida divorato da probabili rimorsi[15].

2. Effetti processuali del *décès du prévenu*: la dottrina francese

Affrancatasi a fatica dagli oltraggi ai cadaveri, ma non da scorie di procedure infamanti, l'età delle codificazioni fu chiamata a gestire le tante altre pendenze, di carattere non strettamente 'fisico', conseguenti alla morte dell'imputato.

Il *décès du prévenu* era classificato dalla dottrina francese dell'Ottocento come prima causa di estinzione dell'azione pubblica. La *poursuite*, spiegava Faustin Hélie col consueto nitore, perdeva il suo oggetto allorché la pena non avesse più ragione di applicarsi; l'accusa avrebbe dovuto arrestarsi nel momento in cui la difesa non potesse più farsi intendere[16].

I primi codici di rito penale, refrattari alle asserzioni definitorie, si preoccupavano, piuttosto, di dosare gli effetti estintivi tra l'azione penale e quella civile. Per la *Franziskana* asburgica del 1803 la morte dell'imputato comportava la cessazione della "persecuzione" e dell'"applicazione della pena", ferma restando l'eventuale privazione, sancita da "sentenza già intimata", della libera disponibilità dei beni[17]. Il modello normativo transalpino optò per una stentorea formulazione 'simmetrica' sin dal *Code Merlin* (1795) racchiusa nei due commi dell'art. 7: "L'action publique s'éteint par la mort du coupable. / L'action civile peut être exercée contre ses héritiers"[18]. Il *Titolo preliminare* del *Codice di procedura penale del Regno Italico* (1807), meglio noto come *Codice*

[14] E. Pessina, *Relazione a S.A.R. il principe di Carignano Luogotenente del Re nelle Provincie Napolitane a nome della Commissione per gli studi legislativi Instituita con Decreto del 6 febbraio 1861* (1861), in Id., *Discorsi varii*, Napoli 1914, p. 9.

[15] G. Salvioli, *La responsabilità dell'erede e della famiglia pel delitto del defunto nel suo svolgimento storico*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", II (1886), p. 205. Rilevando la medesima disparità di trattamento tra reo morto naturalmente e reo suicida, già M. Pescatore, *Sposizione* (1865), cit. in nt. 1, II, pt. II, lb. I, sez. II, cap. I, p. 3 aveva denunciato l'"evidentissimo errore" del cartello d'infamia.

[16] F. Hélie, *Traité*, cit. in nt. 8, *lv.* II, *t.* II, *chap.* XX, §§ 969-970, pp. 547-548.

[17] *Codice penale universale austriaco* (1803), cit. in nt. 10, pt. I *Dei delitti*, sez. I *Dei delitti, e delle Pene*, capo XXVIII *Dell'Estinzione de' delitti, e delle pene*, § 202, pp. 64-65 [la norma rinviava al § 23 lett. c), che indicava, quale effetto accessorio della sentenza di condanna a morte e al carcere duro, il divieto di assumere obbligazioni e di disporre per ultima volontà (ivi, pp. 14-15)]. Quanto alle *gravi trasgressioni di polizia*, oggetto della pt. II della stessa *Franziskana*, il § 270 (sez. I *Delle gravi trasgressioni di polizia, e delle pene relative*, capo XIV *Dell'Esecuzione delle gravi trasgressioni di polizia, e delle pene relative*) contemplava, ancora una volta tra i paragrafi di diritto 'sostanziale', la "morte del trasgressore" all'interno delle cause estintive delle trasgressioni e delle pene; il § 271 precisava: "La morte del trasgressore fa cessare ogni inquisizione, e tutti gli effetti della sentenza, che fosse già stata pronunciata, ad eccezione però dei diritti di risarcimento, o d'indennizzazione, che fossero già stati aggiudicati" (ivi, p. 84 nuova numeraz.).

[18] *Code des délits et des peines*, cit. in nt. 9, p. 4.

Romagnosi, inseriva la "morte del colpevole" nel novero delle cause di estinzione dell'azione penale (art. 6), mentre si limitava ad indicare il "risarcimento del danno" come uno dei modi d'estinzione dell'azione civile (art. 7)[19]. Il *Code d'instruction criminelle* del 1808 prescriveva nelle prime battute (art. 2 delle *Dispositions préliminaires*) che "l'azione pubblica per l'applicazione della pena si estingue colla morte del prevenuto [*par la mort du prévenu*]. / L'azione civile per la riparazione del danno può esser promossa contro il prevenuto, e contro chi lo rappresenta". Dunque, come percepirono prontamente i primi interpreti, il *Code* napoleonico non dichiarava affatto estinta, "dans le cas de décès du prévenu", l'azione civile[20].

Da Locré si apprende che gli interventi (Cessac, Cambacérès, Treilhard) susseguitisi al *Conseil d'État* durante il dibattito sull'art. 2 del *Code d'instruction criminelle* s'incentrarono soprattutto sugli obblighi dell'erede di saldare eventuali ammende e altri risarcimenti pecuniari riconducibili al reato commesso dal defunto. Un lucido Merlin propose di restringere la responsabilità dell'avente causa alle sole ammende oggetto di condanna già pronunciata, escludendola, per contro, se la morte del prevenuto – che doveva reputarsi *innocent* e dunque esonerato da obblighi civili – fosse sopraggiunta a giudizio ancora in corso. L'arcicancelliere Cambacérès e il ministro dei culti Bigot de Préameneu avallarono l'interpretazione di Merlin e rifiutarono di modificare l'art. 2[21].

La discussione in *Conseil d'État* anticipava il nucleo d'un pluri-decennale travaglio dottrinale e giurisprudenziale. Il *Code* lasciava infatti aperto un ampio ventaglio di incertezze[22], prima tra tutte l'individuazione del giudice (penale o civile) dinanzi al quale la parte civile avrebbe dovuto far valere le proprie ragioni una volta estintasi l'azione penale per morte dell'imputato[23]. Ancor più controversa risultava la

[19] E. Dezza (cur.), *Le fonti del codice di procedura penale del Regno Italico* (1807), Milano 1985, *Titolo preliminare*, art. 6, p. 167: "L'azione penale si estingue colla morte del colpevole, colla grazia, colla prescrizione stabilita dal codice penale, colla espiazione della pena". Ivi, art. 7: "L'azione civile si estingue col risarcimento del danno, colla rinunzia della parte a cui essa compete, e colla prescrizione stabilita all'azione penale".

[20] J.-F.-C. Carnot, *De l'instruction criminelle, considérée dans ses rapports généraux et particuliers avec les lois nouvelles et la jurisprudence de la cour de cassation [...]. Tome Premier*, à Paris 1812, art. 2, n. XIV, p. 15; J.-F.-C. Carnot, *De l'instruction criminelle [...]. Seconde Édition revue, corrigée et augmentée. Tome premier*, Paris 1829, I, art. 2, n. 13, p. 56. Per la portata estintiva della morte del prevenuto (prima della cosa giudicata) sull'azione penale cfr. F. Hélie, *Traité*, cit. in nt. 8, *lv.* II, *t.* II, *chap.* XX, § 972, p. 551.

[21] Uno scarno squarcio sul dibattito relativo all'art. 2 fu aperto da J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et Complément des Codes Français [...]. Tome Vingt-Cinquième*, Paris 1831, liv. I, *partie* I, p. 66; ivi, *partie* II, I *Procès-verbaux du Conseil d'État – Séance du 31 mai 1808*, n. 3, pp. 118-119.

[22] Tra le numerose ambiguità normative riguardanti l'estinzione dell'azione *pubblica* per morte del prevenuto la giurisprudenza dovette occuparsi della proseguibilità dell'*action publique* a danno dei complici del defunto: cfr. ad es. V.-A.-D. Dalloz, *Jurisprudence du XIX^e^ siècle, ou Recueil des arrêts et décisions des Cours de France et des Pays-Bas; en matière civile, criminelle, commerciale, et administrative [...]*. Tome premier, Bruxelles 1825, *Action civile – Action publique*, II^e^ Section, *Action publique – Complicité – Décès*, pp. 250-251. In deroga al principio della prosecuzione del processo contro i correi del deceduto, tuttavia, negli anni Quaranta dell'Ottocento (si apprende da T. Ferrarotti, *Commentario teorico pratico comparato del Codice di procedura penale pel Regno d'Italia*, Torino 1862, I, p. 38) la Cassazione francese si pronunciava, in caso di morte dell'imputato, per l'estinzione dei processi penali di adulterio.

[23] J.-F.-C. Carnot, *De l'instruction criminelle* (1812), cit. in nt. 20, I, art. 2, nn. IV-V, p. 13 riteneva che, alla morte dell'accusato intervenuta prima della condanna, non restasse alla parte offesa che adire la via civile, non potendosi più instaurare davanti al giudice penale il necessario contraddittorio. Se però

trasmissibilità per via successoria degli obblighi connessi al reato. La questione si poneva anzitutto per la confisca dei beni sequestrati, ritenuta solitamente estensibile agli eredi specie quando colpisse sostanze nocive o vietate[24]; e per la condanna alle spese processuali, di norma gravanti sugli aventi causa[25]. Ma soprattutto rimaneva

l'imputato fosse morto dopo la condanna emessa dalla corte d'assise e in pendenza di ricorso in Cassazione, la competenza restava incardinata presso quest'ultima, con potenziali ricadute dirette, in caso di rigetto del ricorso, sugli eredi del condannato; l'eventuale accoglimento del ricorso, invece, avrebbe costretto la parte civile ad intraprendere una nuova azione davanti al tribunale civile. Va notato tuttavia che lo stesso Carnot (ivi, I, art. 1, n. XXX, p. 9) non solo registrava come il *Code d'instruction criminelle* (artt. 190 e 210) avesse ormai anche formalmente ammesso la partecipazione del responsabile civile al procedimento davanti al tribunale correzionale (dunque al processo *penale*); ma segnalava una pronuncia del 1811, la quale aveva consentito a un tribunale di polizia correzionale di condannare colui che aveva prestato cauzione a beneficio d'un soggetto deceduto nel corso del procedimento. Anni dopo, J.-F.-C. Carnot, *De l'instruction criminelle* (1829), cit. in nt. 20, I, art. 2, *Observations additionnelles*, n. 5, p. 63 si sarebbe più nettamente schierato a favore di una proroga di competenza istruttoria penale (dei tribunali correzionale o di polizia) allorché l'imputato fosse deceduto in pendenza di appello o di ricorso per Cassazione. Cfr. C.-S. Bourguignon-Dumolard, *Jurisprudence des Codes criminels et des Lois sur la répression des crimes et des délits commis par la voie de la presse et par tous autres moyens de publication; faisant suite au Manuel d'instruction criminelle [...]. Tome premier*, Paris 1825, *c.i.c.*, art. 2, n. V, pp. 10-11. All'ultima tesi di Carnot si contrapponeva J.-M.-E. Le Graverend, *Traité de la législation criminelle en France [...]. Tome premier*, A Paris 1816, *chap.* I, *sect.* IV, § II, pp. 60-61, per il quale la morte dell'imputato, anche se verificatasi in uno stadio processuale avanzato (ossia in appello o nell'attesa del ricorso), costringeva comunque la parte lesa a rivolgersi al giudice civile. Entrambe le teorie erano contestate da J.-H.-C. Mangin, *Traité de l'action publique*, cit. in nt. 9, II, *chap.* IV, *Section première*, n. 282, pp. 94-99: quella di Le Graverend perché insidiosa per la parte civile; quella di Carnot in quanto contraddittoria con le sue stesse *anciennes observations*. Per Mangin, allorché esistesse già un provvedimento definitivo di condanna, la morte del prevenuto non sottraeva alla giurisdizione criminale le competenze (accessorie) civili; né privava il tribunale d'appello e la corte di cassazione di competenza sull'impugnazione di quel provvedimento. Critico verso la tesi di Le Graverend anche F. Saluto, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...]. Seconda edizione ampliata dallo stesso Autore [...]*, Torino 1877, I, art. 5, § 94, p. 140.

[24] J.-F.-C. Carnot, *De l'instruction criminelle* (1812), cit. in nt. 20, I, art. 2, nn. XIV-XXIII, pp. 15-17, alla luce della storia legislativa francese e della nomenclatura codicistica, nonché con il conforto della *Cassation* (specie dell'*arrêt* 11 messidoro anno XII), attribuiva alla confisca, almeno in àmbito criminale e correzionale, un valore di indennità a beneficio del Tesoro (non si trattava, dunque, di pena). Un *arrêt* della *Cassation* citato da Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence. Quatrième édition [...]. Tome treizième. Subr-Test*, A Paris 1815, vb. *Tabac*, p. 376 (forse 9 dicembre 1813) sosteneva la trasmissibilità ereditaria, alla morte del contravventore, dei beni confiscati (a differenza dell'ammenda, che si estingueva) in considerazione della inerenza della confisca al bene. Per J.-H.-C. Mangin, *Traité de l'action publique*, cit. in nt. 9, II, *chap.* IV, *Section première*, n. 280, p. 89 l'estensione della confisca agli eredi, peraltro avallata dalla giurisprudenza suprema, andava applicata (ivi, p. 90) soltanto rispetto a beni direttamente oggetto dei delitti (ad es. armi proibite, liquori adulterati etc.) e non riguardava perciò le confische inflitte come pena accessoria. Ad avviso di F. Hélie, *Traité*, cit. in nt. 8, *lv.* II, *t.* II, *chap.* XX, § 974, p. 554 la morte del prevenuto estingueva la confisca, vera e propria pena *ex* art. 11 *code pénal*; erano però eccezionalmente trasmissibili agli eredi (ivi, § 975, p. 555) le confische di merci oggetto di contravvenzione fiscale e di cose nocive (cibi adulterati, monete false, armi proibite). Sul dibattito francese v. G. Salvioli, *La responsabilità* (1886), cit. in nt. 15, p. 208.

[25] L'esistenza di un obbligo degli eredi di saldare le spese processuali del deceduto veniva, di solito, riconosciuta allorché la morte riguardasse un *condannato*: C.-S. Bourguignon-Dumolard, *Jurisprudence* (1825), cit. in nt. 23, *c.i.c.*, art. 2, n. VII, pp. 12-14; J.-H.-C. Mangin, *Traité de l'action publique*, cit. in nt. 9, II, *chap.* IV, *Section première*, n. 281, pp. 90-92; e, alla luce della giurisprudenza della Cassazione, F. Hélie, *Traité*, cit. in nt. 8, *lv.* II, *t.* II, *chap.* XX, § 976, pp. 556-558.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 28

un'incognita la sorte delle ammende fiscali, fatalmente dipendente dalla previa qualificazione penale o risarcitoria delle stesse. Il *Traité* di Mangin e la *Théorie du Code Pénal* di Chauveau ed Hélie si schierarono per l'ammenda quale *véritable peine*, in quanto tale *essentiellement personnelle*. Da questo carattere i citati studiosi deducevano, nonostante le oscillazioni della Cassazione e gli equivoci delle leggi tributarie, l'estinzione dell'ammenda quando l'imputato fosse deceduto prima della condanna definitiva; se questi invece fosse morto dopo la condanna irrevocabile, doveva ritenersi consolidato a favore dello Stato un diritto quesito cui gli eredi non avrebbero potuto sottrarsi[26].

La ricca e minuziosa riflessione dottrinale francese, oltre a suggerire ancora una volta giudizi meno affrettati sulla stagione dell'*exégèse* e sul presunto appiattimento alla lettera dei codici, rivela una spiccata attitudine sistematica. Grazie a un approccio analitico e a un poderoso corredo casistico, gli studiosi s'impegnavano a ricostruire una trama – consapevolmente problematica, instabile, provvisoria – in grado di colmare le lacune d'una normativa troppo asciutta e di ordinare una giurisprudenza quanto mai volubile.

Del dibattito d'Oltralpe erano perfettamente aggiornati i penalisti italiani, specie in quei contesti preunitari – come il Regno delle Due Sicilie – le cui intense relazioni con la cultura giuridica europea sono da tempo acclarate. Anzi, il confronto a distanza

[26] J.-H.-C. Mangin, *Traité de l'action publique*, cit. in nt. 9, II, *chap*. IV, *Section première*, n. 279, pp. 80-82 faceva risalire l'inequivoco carattere penale delle ammende al *Code de brumaire* e al *Code pénal*. Come ricordava questo A., la *Cassation*, opponendosi più volte ai tentativi, praticati dalle amministrazioni delle imposte dirette e delle dogane, di provarne la natura risarcitoria, e dunque trasmissibile per via ereditaria, enunciò nella fondamentale sentenza 9 dicembre 1813 (ivi, pp. 82-83) il carattere penale, e quindi personale, delle ammende in materia di contravvenzione alle leggi fiscali, come nelle altre materie; ribadí l'estinzione dell'azione in caso di decesso del contravventore antecedente alla condanna; e precisò che, sebbene fossero in gioco gli interessi fiscali affidati alla sorveglianza dell'amministrazione, non per questo l'azione pubblica sfuggiva alle regole generali (*ex* art. 2 c.i.c.). Mangin ammetteva (ivi, p. 83) la funzione non integralmente 'penale' delle ammende, giacché, come più volte riconosciuto dalla Cassazione, esse costituivano la riparazione d'un danno reale o presunto al Tesoro: circostanza che legittimava le amministrazioni a esercitare l'azione pubblica o a parteciparvi. Ma, ribadiva l'A. (ivi, pp. 83-84), la natura predominante dell'ammenda restava quella di *véritable peine*. Anche A. Chauveau – F. Hélie, *Théorie du Code Pénal*. Quatrième Édition entièrement revue et considérablement augmentée par M. Faustin Hélie. *Tome premier*, Paris 1861, *chap*. VIII *Des condamnations pécuniaires*, n. 85, p. 208 definivano l'ammenda una *véritable peine* e, in quanto tale, *essentiellement personnelle*: eventuali deroghe (ivi, n. 86, pp. 209-211) andavano interpretate restrittivamente. I due Autori non credevano che una simile conclusione fosse smentita dalla legge sulle dogane (l. 6-22 agosto 1791, tit. XIII, art. 20), la quale considerava i proprietari del carico civilmente responsabili del fatto commesso da loro fattori, agenti, servitori e domestici quanto a diritti, confische e ammende: quella norma, per Chauveau ed Hélie (e già per J.-H.-C. Mangin, *Traité de l'action publique*, cit. in nt. 9, II, *chap*. IV, *Section première*, n. 279, p. 85), non alterava affatto il carattere penale dell'ammenda, ma si limitava ad apportare una deroga formale al criterio di stretta personalità, sottintendendo un obbligo di sorveglianza in capo al preposto e una conseguente presunzione legale di complicità tra lui e il subalterno. Chauveau-Hélie, *op. cit.* in questa nt., I, *chap*. VIII, n. 86, pp. 210-211 si dissociavano pertanto da quelle pronunce della *Cassation* che avevano più volte declassato l'ammenda doganale da pena a mero risarcimento civile dovuto allo Stato: ed enfatizzavano, per contro (come già Mangin), la massima desumibile dall'*arrêt* 9 dicembre 1813 della stessa Cassazione. Ivi, n. 87, pp. 213-214 quanto al diritto quesito formatosi a favore dell'erario dopo la condanna definitiva: i due Aa. giungevano a tale convinzione anche alla luce dei verbali del *Conseil d'État* (e, in particolare, della proposta di Merlin).

pareva talora stimolato dal gusto di smentire – come scriveva nel 1828 un orgoglioso Niccola Nicolini – l'illazione d'una "legislazione penale" pedissequamente "copiata dalla francese". Lo stesso studioso era convinto che, rispetto al *Code pénal*, il *Codice per lo Regno* avesse "sancito con maggior forza e purità l'assioma, *poenae suos tenent auctores*"[27].

Addentrandosi nella trattazione della *morte del reo*, Nicolini vantava "tra i pregi sovrani" delle leggi processual-penali borboniche l'aver prescritto che, "morto l'imputato", azione e giurisdizione penali si estinguessero del tutto. Per smontare con garbo la teoria di Carnot del carattere indennitario (e non penale) della confisca, egli esaltava la puntualità del *Codice per lo Regno* non solo nel circoscrivere l'oggetto della confisca stessa (*Parte II - Leggi Penali*, art. 44, mentre l'equipollente art. 11 del *Code pénal* portava il concetto "a significazione così estesa da far ribrezzo a qualunque più ardito *finanziere*"), ma anche nel subordinarne l'applicabilità all'avvenuta *condanna* dell'imputato. In ogni caso, concludeva Nicolini con rinnovata fierezza, nel Regno delle Due Sicilie la confisca non mirava, a differenza che in Francia, a ristorare le aspettative del Tesoro, ma rimpinguava la *cassa delle ammende*, una sorta di fondo a favore degl'"innocenti perseguitati" e dei "danneggiati poveri". Il dissenso da Carnot si presentava, invece, in termini rovesciati riguardo alle spese processuali: secondo Nicolini, l'erario era legittimato a recuperarle dagli eredi, giacché esse esprimevano pur sempre un danno derivante da reato, risarcibile mediante azione civile[28].

3. La penalistica italiana post-unitaria: lusinghe e insidie dell'azione civile

Il codice di procedura penale italiano del 1865, "semplice rimaneggiamento" degli articolati del 1847 e del 1859 già vigenti nel Regno di Sardegna, affidava al *Titolo preliminare* – al pari dell'archetipo francese – le coordinate fondamentali della disciplina

[27] N. Nicolini, *Della procedura penale* (1828), cit. in nt. 3, pt. I vol. III, tit. IV, cap. VI *Della morte del reo – Paratitlo e spiegazione del § 2 dell'art. 4*, n. 841, p. 833 (sospetti di plagio dalla Francia); ivi, cap. III *Chi possa esercitare l'azione penale e l'azione civile nascenti da reato [...]*, sez. III, n. 798, pp. 790-791 (assioma). La seconda affermazione nasceva dalla constatazione che l'art. 3 delle *Leggi Penali* napoletane (1819) aveva meritoriamente abolito la sanzione della confisca, a differenza del *Code pénal* che l'aveva invece prevista non solo per i reati di stato (artt. 75-77, 86-87), ma anche per le fattispecie di guerra civile (art. 91 ss.), falsificazione monetaria (art. 132), contraffazione (art. 139). La locuzione *poena suos tenent auctores* parafrasava C. 9.47.22.2 (cost. di Arcadio e Onorio), in cui si legge *peccata igitur suos teneant auctores*.

[28] N. Nicolini, *Della procedura penale* (1828), cit. in nt. 3, pt. I vol. III, tit. IV, cap. VI, n. 839, p. 832 ("pregi sovrani"); ivi, nn. 845-847, pp. 837-839 (confisca, in dissenso da J.-F.-C. Carnot, *De l'instruction criminelle* [1812], cit. in nt. 20, I, art. 2, nn. XIV-XXIII, pp. 15-17); N. Nicolini, *Della procedura penale* (1828), cit. in nt. 3, pt. I vol. III, tit. IV, cap. VI, §§ 842-844, pp. 836-837 (spese processuali). Riguardo a queste ultime, l'A. (parimenti in dissenso da J.-F.-C. Carnot, *De l'instruction criminelle* [1812], cit. in nt. 20, I, art. 2, nn. XXIV-XXXIII, pp. 17-20) argomentava dall'art. 1[3] *Parte IV - Leggi della procedura ne' giudizj penali del Codice pel Regno delle Due Sicilie* [si utilizza da qui in avanti l'ed. Napoli 1819], in base al quale "coll'azione civile si domanda la riparazione de' danni ed interessi" prodotti dal reato; e dall'art. 4 delle stesse *Leggi*, che consentiva di esperire l'azione civile non solo contro l'imputato ma anche contro il civilmente responsabile. Le considerazioni su confisca e spese processuali si ripetono alla lettera in N. Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie esposta [...] con le formole corrispondenti [...]. Prima Edizione Livornese [...]. Volume primo*, Livorno 1843, pt. I, tit. IV, cap. VI, §§ 845-847, p. 243; ivi, §§ 842-844, pp. 242-243. Sulla stessa posizione di Nicolini, riguardo alle spese processuali, si sarebbero ritrovati G. Borsani – L. Casorati, *Codice di procedura penale commentato [...]. Libro primo [....]*, Milano 1873, t. II, capo III, sez. II, § 119, p. 142.

del processo in caso di morte del reo: l'azione civile di risarcimento *poteva* esercitarsi contro gli eredi dell'autore del reato o del civilmente responsabile (art. 3); essa si esercitava (nel senso che *doveva* esercitarsi *solo*) in sede civile contro gli eredi dell'imputato se quest'ultimo fosse morto "prima di essere giudicato definitivamente" (art. 5)[29].

Entro questo telaio, peraltro incastonato in un *corpus* normativo bersagliato dagli strali della dottrina, la penalistica 'liberale' italiana dell'ultimo quarto dell'Ottocento tratteggiò il tema delle ricadute processuali della morte dell'imputato da una duplice angolazione: da un lato ragionando sul complesso sistema dei rapporti tra azione civile e azione penale; dall'altro vagliando nel dettaglio la trasmissibilità agli eredi di alcuni obblighi patrimoniali collegati al processo penale estintosi.

Il primo aspetto, snodo classico della teoria generale del processo, alimentava inquietudini. Nella materia qui esaminata, infatti, il canale 'civilistico' pareva celare un preoccupante ritorno, se non proprio ai processi in effigie, quanto meno a forme criptiche di persecuzione dell'imputato defunto: un *vulnus*, insomma, alla massima *omnia mors solvit*.

La monografia di Costantino Castori *Le azioni derivanti dal reato* (1891), inserita nel *Trattato* di Pietro Cogliolo, rifletteva: "Il proseguire il processo quando la persona che deve rispondere è morta riesce inutile ed ingiusto". Inutile per la scomparsa del destinatario dell'eventuale pena; "ingiusto perché l'esito del processo peserebbe colle sue funeste conseguenze sulla famiglia del delinquente". "Molte volte", ricordava ironicamente l'Autore, "la disgraziata ed innocente famiglia di qualche grande colpevole ebbe a benedire il disposto di una legge che si arresta dinanzi ad una bara; la cui potenza spira ai limiti della vita". Il docente patavino portava ad esempio il processo (che avrebbe ispirato *Il cappello del prete* di Emilio de Marchi) a carico del conte imolese Alessandro Faella, accusato nel 1881 d'aver gettato "a sangue freddo" un sacerdote in un pozzo: la misteriosa sparizione del sospettato, forse suicida o forse riparato in America, aveva 'provvidenzialmente' interrotto l'azione penale. Castori parteggiava a carte scoperte – ritenendola corollario della presunzione d'innocenza – per l'inderogabilità dell'estinzione dell'azione penale quale effetto della morte dell'imputato. "Ecco perché", pur consapevole di "combattere un'opinione sostenuta da illustri criminalisti e seducente per le generose idee che la ispirano", egli preferiva

[29] Sul c.p.p. 1865 quale "rimaneggiamento" del *Code d'instruction criminelle* francese cfr. M.N. Miletti, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa*, Milano 2003, pp. 77-82 (ivi, pp. 77-84 le critiche dottrinali cui si allude súbito *infra* nel testo); E. Dezza, *Il primo codice di procedura penale dell'Italia unita (1865)*, in *Codici penali Codice di procedura penale del Regno d'Italia 1859-1889*, Assago-Torino 2011, pp. LXXXIV-XC. I testi (identici) degli artt. 5 dei c.p.p. sardi 1847 e 1859 possono leggersi, rispettiv., in *Codice di procedura penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Torino 1847, p. 2; *Codice di procedura penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Torino 1859, pp. 1-2 (a queste due edizioni ci si riferirà d'ora in avanti nel citare i due articolati). T. Ferrarotti, *Commentario* (1862), cit. in nt. 22, I, p. 38 accostava l'art. 5 del c.p.p. sardo-italiano del 1859 all'art. 2[2] c.i.c., in virtú del quale l'azione civile di risarcimento poteva promuoversi contro il prevenuto e chi lo rappresenta (ma il II comma dell'art. francese, a differenza del I, non conteneva espresso riferimento alla *morte* dell'imputato). Lo stesso art. 5 c.p.p. 1859 (proseguiva Ferrarotti, *ibidem*) era assimilabile all'art. 4, § 2 (Parte IV) del *Codice per lo Regno* e all'art. 8 del Codice degli *ex* Stati estensi (entrambi prefiguravano l'esercitabilità dell'azione civile contro gli eredi a séguito della morte dell'imputato, rispettiv., *prima di essere giudicato* ovvero *prima che sia proferita la sentenza definitiva*). Sull'art. 5 c.p.p. 1865 cfr. F. Saluto, *Commenti* (1877), cit. in nt. 23, I, pp. 139-144.

che restasse inalterato il c.p.p. 1865, il quale non ammetteva sentenze né di condanna né di assoluzione "in confronto di un defunto"[30].

Analogo fastidio, pur camuffato dalle spire del vichismo pessiniano, trapela da un contributo del 1906 di Luigi Masucci all'*Enciclopedia del diritto penale*. Secondo l'Autore, "un giudizio contro chi non può difendersi, svolto nell'intento di far pronunziare una condanna contro chi non può espiarla, sarebbe un giudizio ingiusto ed assurdo": la giustizia punitiva è "lotta pel diritto", donde "l'assurdo degli antichi giudizi contro i cadaveri o contro la memoria" e della prosecuzione dell'azione contro gli eredi[31].

Sul versante opposto autorevoli studiosi cavalcavano la dicotomia azione penale / civile per contemperare due esigenze parimenti avvertite dalla sensibilità liberale: da un lato la stretta personalità del processo penale, corollario 'dinamico' della personalità della responsabilità penale; dall'altro il dovere di proteggere le legittime pretese patrimoniali dei soggetti passivi, pubblici o privati, del reato. La ricerca di un equilibrio è palese nella voce *Azione civile nascente da reato*, firmata da Alessandro Stoppato per il *Digesto italiano*. Il penalista veneto sapeva bene che la "moderna civiltà giuridica" aveva accolto la regola dell'estinzione dell'azione penale dopo la morte dell'imputato "come un dogma di giustizia sociale" e un'affermazione della "personalità della pena". E tuttavia precisava che l'evento-morte non bloccava "lo svolgimento dell'azione civile nascente dal reato; soltanto la svia[va], sottraendola al processo penale". Se l'estinzione avesse riguardato anche l'azione civile – ammoniva Stoppato – avrebbe "colpi[to] il diritto altrui" e si sarebbe risolta in una violazione eguale alla (o forse più grave della) "non estinzione dell'azione penale": violazione più grave perché, mentre la persecuzione *penale* del defunto costituiva l'"esagerazione crudele di un sentimento di naturale reazione contro il delitto, la soppressione invece dei diritti di indennizzo derivante dal delitto sarebbe [stata] la negazione di ogni più rudimentale criterio giuridico". Non era qui in gioco, precisava lo studioso, la presunzione d'innocenza: "Per quanto vogliasi presumere innocente il defunto, che non fu definitivamente giudicato, non consegue che i successori siano favoriti da tale presunzione"[32].

Nomi assai prestigiosi, come quelli di Lucchini e di Manzini, avrebbero sposato appieno una simile impostazione, valorizzandone i vantaggi squisitamente liberal-garantistici. Essi sottolineavano come la morte del reo non dovesse in alcun modo pregiudicare le ragioni patrimoniali della parte lesa, da far valere dinanzi al tribunale civile[33].

---

[30] C. Castori, *Le azioni derivanti dal reato*, Milano 1891 [estratto dal *Completo trattato teorico e pratico di Diritto penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, pubblicato da P. Cogliolo], sez. IV *Delle cause di estinzione dell'azione penale*, capo XVII, n. 133, p. 172 (reale interesse dei familiari); ivi, n. 134, p. 174 (presunzione d'innocenza; richiesta di non modificare il c.p.p.).

[31] L. Masucci, *Gli effetti giuridici del reato. Titolo preliminare, Capo I del Codice di procedura penale; Libro I, Titolo IX del Codice penale*, in E. Pessina (cur.), *Enciclopedia del diritto penale italiano*. Raccolta di monografie, *Volume terzo*, Milano 1906, p. 213.

[32] A. Stoppato, *Azione civile nascente da reato*, cit. in nt. 4, n. 46, p. 805. Il processo penale, aggiungeva l'A., può avere nell'imputato l'unico "legittimo contraddittore".

[33] A proposito dell'estinzione dell'azione *civile*, L. Lucchini, *Elementi* (1895), cit. in nt. 4, n. 118, p. 130 affermava che la morte del reo non avrebbe dovuto "pregiudicare l'azione civile, d'indole reale e non personale", la quale andava "a investire gli eredi dell'imputato e del responsabile civile". Ad avviso di V. Manzini, *Manuale* (1912), cit. in nt. 5, n. 256, pp. 384-385, poiché la morte dell'imputato (o anche del condannato non ancora in via definitiva), estinguendo il reato, privava "il giudice penale della sua

Quanto ai cardini del riparto tra giurisdizioni penale e civile, i giuristi italiani erano da tempo convinti di disporre di regole più nette rispetto ai colleghi d'Oltralpe. Nicolini aveva definito "veramente dura" quella dottrina francese secondo cui il processo *penale*, in caso di morte dell'imputato, avrebbe dovuto proseguire contro il responsabile civile. Orientamento che egli imputava non solo a un'improvvida sovrapposizione tra reato e responsabilità civile, ma anche alla mancanza, nel *Code d'instruction criminelle*, d'una norma come l'art. 4 del *Codice per lo Regno* (*Parte IV*), assai limpida nel chiarire che l'azione di danno contro l'imputato o contro il responsabile civile era quella *civile* (I comma); e che, in caso di morte dell'imputato "prima di esser giudicato", tale azione *civile* andava sperimentata davanti ai tribunali *civili* contro il di lui rappresentante (II comma)[34].

Con analogo compiacimento gli esponenti della scuola 'classica' ritenevano che il codice italiano di rito penale del 1865 avesse dissipato quasi tutti i dubbi ingenerati dal *Code d'instruction criminelle*. La natura "puramente civile" (*ex* art. 4) dell'azione contro gli eredi o i terzi responsabili impediva proroghe della giurisdizione penale successive alla morte dell'imputato: e l'azione civile, una volta rimasta "isolata", andava "ad esplicarsi nella sede civile"[35].

Qualche perplessità, invero, residuava rispetto all'ipotesi in cui l'imputato fosse deceduto in pendenza del ricorso per Cassazione. Francesco Saluto bollava di anti-economicità un'eventuale regola che imponesse alla parte civile, in caso di morte del condannato dopo una sentenza non ancora definitiva, di ricominciare l'intero *iter* davanti ai giudici civili, impedendole di avvalersi, agli effetti civili, delle pronunce penali già emesse[36]. Di opposto avviso si dichiarava Alessandro Stoppato, secondo cui l'art. 5 c.p.p. 1865 troncava ogni discussione, giacché prescriveva il trasferimento della causa alla sede civile qualora l'imputato fosse morto prima d'esser *giudicato definitivamente*: indipendentemente, dunque, dal grado di giudizio in cui il processo penale si trovasse al momento del decesso[37].

---

eccezionale competenza civile", il responsabile civile risultava "liberato dal suo vincolo processuale mediante la sentenza o l'ordinanza" dichiarativa dell'estinzione; tuttavia, in virtú dell'art. 102 c.p. Zanardelli ["L'estinzione dell'azione penale non pregiudica l'azione civile per le restituzioni e il risarcimento dei danni", salvo remissione della parte lesa], la parte civile avrebbe potuto "provvedersi [...] davanti al giudice civile".

[34] N. Nicolini, *Della procedura penale* (1828), cit. in nt. 3, pt. I vol. III, tit. IV, cap. VI *Della morte del reo – Paratitlo e spiegazione del § 2 dell'art. 4*, n. 841, pp. 834-835 (sull'art. 4[2] cfr. anche ivi, cap. IV, sez. II, n. 819, p. 809; ivi, cap. III, sez. III, n. 811, pp. 799-800 alcune precisazioni riguardo alla successione nei *debiti* dell'imputato defunto); Id., *Della procedura penale* (1843), cit. in nt. 28, pt. I, tit. IV, cap. VI, § 841, p. 242. Il penalista abruzzese si riferiva, in particolare, a J.-F.-C. Carnot, *De l'instruction criminelle* (1812), cit. in nt. 20, I, art. 1, n. XXX, p. 9.

[35] A. Stoppato, *Azione civile nascente da reato*, cit. in nt. 4, n. 48, p. 806. Da notare che F. Canofari, *Comentario su la parte quarta del Codice per lo Regno delle Due Sicilie o sia su le Leggi della procedura ne' giudizi penali [...]. Volume I*, Napoli 1830, pp. 24-25, a commento dell'art. 4[2] della *Parte IV* del *Codice per lo Regno*, aveva utilizzato un lessico analogo allorché aveva spiegato che, per effetto dell'estinzione dell'azione *pubblica* (o *principale*) susseguente alla morte dell'imputato (estinzione tale da render nulla un'eventuale pronuncia del tribunale penale), l'azione *civile* per converso, in quanto "accessoria", restava "*isolata*".

[36] F. Saluto, *Commenti* (1877), cit. in nt. 23, I, art. 5, § 94, pp. 140-142, in polemica con la tesi di Le Graverend. L'A. esaminava criticamente (ivi, § 95, pp. 143-144) Cass. Palermo 12 marzo 1863.

[37] A. Stoppato, *Azione civile nascente da reato*, cit. in nt. 4, n. 48, p. 806. Sull'adesione originaria ma non

4. Il dilemma delle sanzioni pecuniarie: pene o indennizzi?

Rispetto alla *causa petendi*, la non copiosa letteratura processual-penalistica dell'Italia post-unitaria riprodusse le principali disquisizioni enucleate dalla dottrina francese a proposito degli obblighi patrimoniali in capo al *condannato* (non, dunque, al semplice imputato) deceduto. Per la verità, ogni dubbio avrebbe dovuto esser sopito da una norma molto ampia del codice penale sostanziale (art. 134 c.p. sardo del 1859 e italiano del 1865), la quale prevedeva l'esecuzione sui beni degli eredi del *condannato* per "la riscossione delle multe, delle ammende e delle spese" processuali. Ma la regola era osteggiata. A fronte della sicura estinzione dell'azione penale *in itinere*, commentava sconcertato Matteo Pescatore, il legislatore, "sedotto" forse dal ricordo di tempi in cui l'esecuzione giudiziaria costituiva "una fonte di reddito" o forse *confuso* da talune multe aventi anche il "carattere d'indennità civile", commetteva il *grave errore*, l'"enorme ingiustizia", la "flagrante violazione dei principii del diritto penale" di esporre gli eredi all'esecuzione della condanna pecuniaria. Uno sbaglio perché – eccepiva l'alto magistrato piemontese – queste multe e ammende non rappresentavano crediti civilistici del Fisco, bensì *strumenti di pena*: sicché, alla morte del condannato, avrebbero dovuto seguire le sorti delle altre sanzioni, cioè estinguersi; e l'ordinamento non avrebbe potuto se non "rallegrarsi che gli innocenti almeno", ossia i successori che non avevano commesso alcun reato, fossero "salvi dal danno". Contro gli eredi, precisava Pescatore, residuava senz'altro l'azione civile di responsabilità, così come restavano fermi gli eventuali titoli esecutivi maturati in sede criminale: tali diritti però, dopo la morte del condannato, andavano fatti valere soltanto davanti ai giudici civili[38].

La tesi di Pescatore della stretta personalità della pena pecuniaria 'generica' non era minoritaria. Vi appose un autorevole sigillo Francesco Carrara. In una nota aggiunta alle edizioni degli anni Settanta del *Programma* il maestro lucchese, per spiegare che la *personalità* costituiva una "condizione assoluta" affinché la pena non risultasse *aberrante*, esortava a sceverare, all'interno delle condanne pecuniarie, le *vere pene* dalle *indennità*. A Carrara appariva "barbara ed iniqua la velleità di alcuni legislatori contemporanei [...] di far passare la pena agli eredi del colpevole sotto il pretesto" che si trattasse di "pena pecuniaria". "A me – raccontava l'insigne giurista – accadde di dover seriamente combattere questo rigore in un'aula legislativa. Pare impossibile che nel presente secolo lo zelo per la finanza acciechi tanto lo intelletto di certuni!"[39].

univoca di Stoppato alla scuola 'classica' v. C. Storti, *Stoppato, Alessandro*, in *DBGI*, cit. in nt. 2, II, p. 1919.

[38] M. Pescatore, *Sposizione*, cit. in nt. 1, II, pt. II, lb. I, sez. II, cap. I, pp. 3-4 (multe e ammende strumenti di pena); ivi, pp. 5-6 (permanenza dell'azione civile). Va ricordato che l'art. 86 del *Codice penale pel Granducato di Toscana* [20 giugno 1853], s.l. né d., p. 35 prevedeva, sí, che la "morte del delinquente" estinguesse l'azione penale e la pena; ma ammetteva la trasmissione agli eredi della condanna a multe, confische, spese processuali e danni. Tale norma, al pari degli artt. 133 e 134 del c.p. sardo 1859, era censurata da P. Tuozzi, *Corso* (1890), cit. in nt. 5, p. 498.

[39] F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella* R. *Università di Pisa [...]. Parte generale. Vol. II*. Quinta edizione con aggiunte, Lucca 1877, sez. II *Della pena*, cap. V *Condizioni che deve avere la pena*, art. II *Condizioni della pena derivanti dal suo limite*, § 647, nt. 1, pp. 105-106. Del carattere penale della sanzione pecuniaria erano persuasi anche G. Borsani – L. Casorati, *Codice*, cit. in nt. 28, I, t. II, capo III, sez. II, § 119, p. 142.

Il rovello dell'ereditarietà della pena pecuniaria si prestava ad un'interessante lettura in chiave storiografica. Già Teonesto Ferrarotti, nel *Commentario teorico pratico comparato* del codice di rito Rattazzi (1862), aveva còlto nell'esperibilità dell'azione civile contro gli eredi dell'imputato non condannato in via definitiva (art. 5 c.p.p. sardo 1859) un'opzione per la tradizione canonistica rispetto a quella, più intransigente, romanistica che propugnava, invece, l'estinzione delle obbligazioni *ex delicto* in caso di decesso del debitore. La diagnosi sarebbe stata, di lì a poco, riproposta dal commentario di Saluto al codice ormai 'italiano' di rito penale[40].

Ma soprattutto lo spunto fu ripreso da Giuseppe Salvioli nel saggio *La responsabilità dell'erede pel delitto del defunto*, apparso sulla "Rivista italiana di scienze giuridiche" del 1886. Lo studioso, all'epoca ventinovenne ordinario a Palermo di Storia del diritto italiano, invitava a vedere nella trasmissibilità delle pene pecuniarie agli eredi (*ex* art. 134 c.p. 1865) un'influenza della tradizione germanica, statutaria e giurisprudenziale e, per contro, una coraggiosa restrizione del principio romanistico secondo cui *actiones poenales non transeunt in haeredes*. Di questa deviazione, dalla quale persino il legislatore francese s'era ben guardato, Salvioli non si doleva affatto. Gli sembrava, anzi, che l'adozione sardo-italiana del criterio germanico permettesse di divaricare opportunamente il destino *post mortem* della pena corporale, "inerente alle ossa del condannato"; da quello della pena pecuniaria, "onere patrimoniale dovuto allo Stato", "indennità civile" verso la società e dunque perfettamente trasmissibile agli eredi del condannato defunto. Nessun retaggio "feudale", dunque, della giustizia come "regalìa" o "fonte di reddito" (lo storico modenese replicava così, senza nominarlo, al Pescatore), bensì il "concetto germanico", poi penetrato nella legislazione municipale, di multa come onere che colpisce il patrimonio; non un indebito impoverimento degli eredi, ma anzi la doverosa restituzione di un inammissibile arricchimento. La chiusura del saggio ribadiva che il principio germanico e canonistico, il quale vincolava gli eredi a risarcire *in toto*, alla stregua d'un qualsiasi obbligo civilistico, l'obbligazione *ex delicto* (e non, come per diritto romano, entro i limiti dell'arricchimento), si era trasfuso nei "nostri codici" e aveva di conseguenza bandito il diritto romano "con vantaggio dell'equità"[41].

L'ardita diagnosi di Salvioli, presagio d'una ancora immatura visione solidaristica e anti-individualistica e da inquadrare entro un contesto storiografico percorso dalle aspre tensioni tra 'romanisti' e 'germanisti'[42], anticipava le linee portanti della già citata

[40] Rispettiv. T. Ferrarotti, *Commentario* (1862), cit. in nt. 22, I, p. 38 (che desumeva da Pothier la tradizione romanistica); F. Saluto, *Commenti* (1877), cit. in nt. 23, I, art. 3, § 80, p. 128.

[41] G. Salvioli, *La responsabilità* (1886), cit. in nt. 15, pp. 205-207; ivi, p. 209 le conclusioni; ivi, p. 173 per la combinazione, nel diritto canonico, delle rigorose radici ebraiche (il "Dio implacabile" delle "razze semitiche") e germaniche. Ivi, p. 180 l'A. precisava che dal diritto germanico il canonico aveva tratto la convinzione che "il danno va indennizzato indipendentemente dall'arricchimento": ma i canonisti (ivi, p. 181) avevano circoscritto la responsabilità *ex delicto* degli eredi entro le forze dell'asse ereditario. Ivi, pp. 201-202 per i compromessi praticati dalla scienza giuridica moderna tra la prospettiva romanistica e quella canonistico-germanica.

[42] Per un'aggiornata bibliografia su Salvioli v. N. Vescio, *Salvioli, Giuseppe*, in *DBGI*, cit. in nt. 2, II, p. 1780. Sulla polemica tardo-ottocentesca tra germanisti e romanisti restano suggestivi gli spunti di B. Paradisi, *Gli studi di storia del diritto italiano nell'ultimo cinquantennio*, in "Studi senesi", LX (1946-47) e in C. Antoni e R. Mattioli (curr.), *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana. 1896-1946. Studi in onore di B. Croce per il suo ottantesimo anniversario*, Napoli 1966, II, ora in B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna

voce di Alessandro Stoppato per il *Digesto italiano*. Anche Stoppato avrebbe insistito sulla matrice canonistica, "in opposizione al rigido concetto romano", del "dovere morale" degli eredi di farsi carico degli obblighi civilistici gravanti sul "reo defunto": e avrebbe aggiunto che tale criterio era divenuto "nella giurisprudenza moderna" anche un "utile mezzo di prevenzione sociale"[43].

Su un terreno meno teorico, anche gli studiosi italiani, echeggiando il serrato dibattito francese, s'interrogarono sulla configurabilità di pene pecuniarie meritevoli d'una speciale ultrattività rispetto al decesso del *condannato*. L'enigma avvolgeva anzitutto, come in Francia, le contravvenzioni fiscali, doganali e simili. Secondo Pescatore, le pene pecuniarie da contrabbando e frode fiscale assolvevano un "doppio ufficio", penale e indennitario: solo rispetto a queste, perciò, egli trovava plausibile la regola generale (dettata dall'art. 134 c.p. sardo-italiano e, come s'è visto, da lui contestata) della sopravvivenza alla morte del condannato. A suo avviso, anzi, la legge, per tutelare l'amministrazione dall'*assalto* di contrabbandieri e "frodatori di professione", avrebbe dovuto contemplare l'instaurazione d'un contraddittorio, in sede civile, tra l'amministrazione stessa e gli eredi del contrabbandiere o del "frodatore immorale delle pubbliche tasse": la causa civile avrebbe mirato a "conseguire quell'*indennità legale*" compensativa dell'indebito rimpinguamento dell'asse ereditario[44]. Per contro, il poderoso commentario processual-penale di Borsani e Casorati giudicava "fortemente disputabile" la tesi della "giurisprudenza francese" della *specialità* delle contravvenzioni "in materia di dogane, di posta, di finanza": la fisionomia prettamente indennitaria, anziché repressiva, di tali sanzioni poco si attagliava – ad avviso dei due Autori – ad un ordinamento tributario come quello italiano, non univoco sul punto e che per di più prevedeva a carico degli insolventi la commutazione delle contravvenzioni fiscali in carcere o arresto. "Non è lecito mai", concludevano Borsani e Casorati, "introdurre per via di argomentazione le eccezioni, e molto meno poi quando esse sono onerose"[45].

Un *genus* separato avrebbe potuto ritagliarsi anche per le spese processuali. Il codice penale del 1859-65, ai sensi del più volte citato art. 134, le parificava alle multe e alle ammende, ma con riferimento al *condannato*: se ne evinceva *a contrario* che lo Stato non avrebbe potuto esigerle dagli eredi se l'imputato fosse morto "a mezzo il procedimento". Deduzione persuasiva – secondo Pescatore – giacché l'assenza d'un "dibattimento sulla *reità*" impediva il formarsi d'una valida condanna alle spese.

1973, spec. pp. 120-123; ivi, p. 138 un giudizio severo sulla partecipazione del Salvioli al dibattito.

[43] A. Stoppato, *Azione civile nascente da reato*, cit. in nt. 4, n. 37, p. 798, con riguardo al temperamento 'canonistico' dei rigidi princípi romanistici in materia di trasmissibilità ereditaria dell'obbligazione civile del "reo defunto". La convinzione canonistica che taluni doveri non si estinguessero con la morte (spiegava l'A. ivi, n. 47, p. 805) derivava da una giuridicizzazione dell'idea *mistica* ed *espiatoria* dei penitenziaristi secondo cui l'anima del defunto non trova pace finché non viene riparato il danno.

[44] M. Pescatore, *Sposizione*, cit. in nt. 1, II, pt. II, lb. I, sez. II, cap. II *Appendice al Capitolo precedente: delle pene pecuniarie, che rivestono un doppio carattere*, pp. 8-10. Sul punto concordava G. Salvioli, *La responsabilità* (1886), cit. in nt. 15, p. 208, in dissenso dalla "scienza" e dalla "giurisprudenza" francesi nelle quali era invece prevalsa la tesi della natura penale di ammende tributarie e doganali.

[45] G. Borsani – L. Casorati, *Codice*, cit. in nt. 28, I, t. II, capo III, sez. II, § 119, pp. 142-143. Riepilogava il dibattito francese, aderendo alla tesi di Merlin circa la matrice 'penale' delle ammende fiscali, L. Masucci, *Gli effetti giuridici* (1906), cit. in nt. 31, p. 214.

Semmai, il processualista piemontese rimproverava al codice di non aver previsto un'eccezione per l'ipotesi in cui l'imputato fosse deceduto dopo la condanna ma in pendenza del ricorso per Cassazione: il giudizio di *legalità*, infatti, non avrebbe inciso sul merito della colpevolezza – ormai accertata – del defunto, e sarebbe stata pienamente giustificata la ripetizione delle spese a carico degli eredi, trattandosi di anticipazioni di cassa erogate dallo Stato. Così, concludeva Pescatore, la "legge positiva pecca, a nostro avviso, per eccesso quanto alle multe, e per difetto quanto alle spese processuali"[46].

Il codice Zanardelli (art. 85[2]) avrebbe attribuito alla morte del *condannato* un esplicito effetto estintivo della condanna alla pena pecuniaria e ai connessi "effetti penali", peraltro precisando che il decesso non impediva "l'esecuzione delle confische"[47]. Sul piano scientifico, tuttavia, le premure della processual-penalistica liberale che si è tentato di condensare nelle pagine precedenti (la protezione delle aspettative della parte lesa in caso di morte dell'imputato; la meticolosa disamina della trasmissibilità ereditaria delle sanzioni pecuniarie a carico del condannato deceduto) non si comprenderebbero appieno se non vi si leggesse in filigrana *anche* una risposta alle sollecitazioni provenienti dalla scuola positiva.

I penalisti 'lombrosiani' della prima ora avevano individuato nel risarcimento dei danni da reato uno dei punti qualificanti del programma di radicale riforma del sistema repressivo. Nel saggio-manifesto *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, pubblicato sull'"Archivio di psichiatria" del 1882, Raffaele Garofalo auspicava la trasformazione della "riparazione dei danni", al momento trascurata o addirittura insultante per le vittime della delinquenza, in vero e proprio "sostitutivo penale"[48]. Nello stesso numero del periodico Enrico Ferri lamentava la troppo netta separatezza tra mezzi difensivi *civili* e *penali*: egli auspicava, per contro, che una nuova procedura

[46] M. Pescatore, *Sposizione*, cit. in nt. 1, II, pt. II, lb. I, sez. II, cap. I, pp. 6-7. Sull'ereditarietà delle spese processuali conveniva G. Salvioli, *La responsabilità* (1886), cit. in nt. 15, p. 207. Questi rilevava (ivi, nt. 324) come Pescatore non avesse segnalato la coincidenza di questa tesi con quella della giurisprudenza francese sin dal 1811 e con la pratica d'antico regime attestata dal Carpzov. Può aggiungersi qui che i c.p.p. sardo-italiani prevedevano che i danni e gli interessi dovuti dal condannato in contumacia fossero liquidati, entro cinque anni dalla sentenza, "in contraddittorio degli eredi"; dopo tale termine, la morte del contumace rendeva non più impugnabile "la somma a suo tempo liquidata nella sentenza di condanna" (c.p.p. sardo 1847, lb. II, tit. VI *Dei danni ed interessi e delle spese*, artt. 509 e 511; c.p.p. sardo 1859, lb. II, tit. V *Dei danni e delle spese*, artt. 565 e 567; *Codice di procedura penale del Regno d'Italia colla relazione del Ministro Guardasigilli fatta a S.M. in udienza del 26 novembre 1865 [...]*, Firenze-Torino 1866, lb. II, tit. V *Dei danni e delle spese*, artt. 580 e 582, pp. 222-223 [quest'ultima ed. verrà qui prescelta per le citazioni dal c.p.p. 1865]).

[47] Rimarcava l'innovazione zanardelliana V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1926), cit. in nt. 5, I, n. 204, p. 386; Id., *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930. Volume Terzo. Pene – Misure di sicurezza – Cause estintive del reato o della pena – Fine della Parte Generale*, Torino 1934, n. 606, p. 333, nt. 1.

[48] R. Garofalo, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, in "Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale", III (1882), pp. 90-91 ("la riparazione dei danni dovrebbe divenire un vero sostitutivo penale"; "un buon Codice penale dovrebbe rendere ineluttabile la riparazione dei danni"). I concetti furono sviluppati da Id., *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino 1885, pp. 312-319. R. Garofalo – L. Carelli, *Riforma della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Torino 1889, *Introduzione*, pp. XIII-XIV si chiedevano retoricamente se "quello Stato che garentisce [...] perfino l'usuraio" potesse "astenersi dal tutelare" le vittime del reato "contro l'attività spogliatrice"; la finalità della riparazione, aggiungevano gli Aa. (ivi, p. XIII), era stata sinora lasciata "in non cale" dai processualisti.

semplificasse le modalità di risarcimento, autorizzando, ad esempio, "gli stessi giudici penali alla liquidazione dei danni, per togliere le lungherìe e gli effugi di un nuovo processo civile", ovvero coinvolgendo il pubblico ministero[49]. Nell'opera più nota, *Sociologia criminale* del 1900, Ferri ripeteva che l'aver relegato l'azione di risarcimento alla sfera civile "per il solito bizantinismo delle barriere doganali scientifiche" ne aveva provocato "nella pratica giudiziaria quotidiana" l'"oblio completo"[50]. Il progetto di riforma 'positivista' della procedura penale, presentato da Garofalo e Carelli nel 1889 al ministro Zanardelli, non conteneva specifiche previsioni circa la sorte dell'azione penale per il caso di morte dell'imputato: ma ammetteva ancora (art. 9) la perseguibilità in sede civile degli eredi del danneggiante[51].

5. Dalla morte dell'*imputato* alla morte del *reo*: la svolta sostanzialista del 1930

Intanto gli *Elementi di procedura penale* di Luigi Lucchini (1895), pionieristico tentativo di sistemazione scientifica della procedura penale italiana, collocavano esplicitamente la *morte del reo* al primo posto tra le "cause naturali" di estinzione dell'azione penale[52]. Del resto, proprio in quegli anni la dimensione prettamente

[49] E. Ferri, *Il diritto di punire come funzione sociale*, in "Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale", III (1882), pp. 65 (separazione troppo *recisa* tra mezzi civili e penali); 75-76 (rilevanza di provvedimenti *riparatorii* da affidare ad "organi e riti speciali"; procedure abbreviate; coinvolgimento del p.m.); 77 (lavoro sostitutivo per i poveri).

[50] E. Ferri, *Sociologia criminale*. Quarta edizione. Con due tavole grafiche, Torino 1900, p. 850. Ivi, p. 847 l'A. rivendicava l'insistenza, sin dai "primordi", della scuola positiva sul *risarcimento dei danni*, misura rilevante sotto tre profili: "come obbligazione del delinquente verso l'offeso"; come sanzione sostitutiva del carcere nei reati minori; "come funzione sociale spettante allo Stato". Ferri confessava (ivi, pp. 851-852) che gli stava a cuore soprattutto la "questione di principio", vale a dire la funzione "pubblica" e "sociale" del risarcimento. Di "vanto" positivistico parlava già R. Garofalo, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino 1887, *Prefazione*, p. VIII. E. Ferri, *Il nuovo codice di procedura penale. Prime impressioni*, in "La Scuola positiva", XXIV (1914), sr. III – vol. V, fsc. I-II (gen. - feb.), pp. 6-7 si sarebbe dichiarato profondamente deluso dalla disciplina dettata dal c.p.p. 1913 in materia di risarcimento del danno da reato.

[51] L'art. 9 del progetto (R. Garofalo – L. Carelli, *Riforma*, cit. in nt. 48, lb. I, tit. I *Delle azioni nascenti dai reati*, p. XXXVI) riproduceva l'art. 3 c.p.p. 1865, salvo ampliare il novero di soggetti cui sarebbe spettata l'azione civile (oltre al danneggiato, non più *chi lo rappresenta* ma i *suoi eredi ed aventi causa*); e salvo estendere il risarcimento ai danni *di qualsiasi natura* (dunque anche a quelli *morali*). Per il resto, lo stesso art. 9 (ivi, pp. 4-5) confermava che l'azione civile avrebbe potuto esercitarsi contro gli autori del reato, i civilmente responsabili e i *rispettivi eredi* (così già l'art. 3 c.p.p. 1865). Quanto alla sorte dell'azione *penale* in caso di morte dell'imputato, i primi articoli del progetto Garofalo-Carelli non contenevano previsioni *ad hoc*: l'art. 8 (ivi, p. 4) si limitava a stabilire che "l'azione penale si estingue nei modi stabiliti dal titolo IX del libro I del codice penale" (artt. 80 ss.).

[52] L. Lucchini, *Elementi* (1895), cit. in nt. 4, lb. I *Azione*, tit. I *Azione penale*, capo III *Estinzione*, n. 94, p. 106. Meno esplicita, ma tutto sommato equivalente, la sistemazione prescelta per l'argomento da M. Pescatore, *Sposizione*, cit. in nt. 1, II, pt. II *Procedura criminale*, lb. I *Parte Teorica*, sez. II *Come si estingua l'azione penale*, cap. I *La morte del reo*, pp. 1-7. Sul *cenerentolismo* del diritto processuale penale nel secondo Ottocento cfr. M.N. Miletti, *Diritto e processo penale. Storia di una dialettica tra antico e nuovo regime*, in F. Danovi (cur.), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Torino 2015, p. 47 e ivi, nt. 113; M.N. Miletti, *Dall'ancillarità alla separazione. La procedura penale nella scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento*, in L. Foffani e R. Orlandi (cur.), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna 2016, pp. 22-23. Sui meriti 'fondativi' degli *Elementi* lucchiniani cfr. G. Bellavista, *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano 1952, p. 156.

processualistica dell'istituto parve confortata dal lessico del codice Zanardelli, che nei due commi dell'art. 85 recitava: "La morte dell'*imputato* estingue l'azione penale. / La morte del *condannato* estingue la condanna anche alla pena pecuniaria e tutti gli effetti penali della condanna medesima; ma non impedisce l'esecuzione delle confische"[53]. Ai sensi dell'art. 102 dello stesso codice del 1889 ("L'estinzione dell'azione penale non pregiudica l'azione civile per le restituzioni e il risarcimento dei danni"), l'azione civile conservava natura *reale* e non personale e, di conseguenza, la sua autonomia[54].

Il codice di procedura penale del 1913, salvo un opportuno ritocco apportato al fraseggio del testo previgente[55], confermava il duplice effetto processuale prodotto dal reato: la nascita (certa) dell'azione penale (art. 1) e quella (eventuale) dell'azione civile per risarcimento e restituzioni (art. 7[1])[56]. Per converso, esso ripensava profondamente il rapporto tra azione civile e penale. In base all'art. 8, l'azione civile avrebbe potuto essere esercitata congiuntamente a quella penale; il giudice penale però, una volta estinta (o divenuta impromovibile o improcedibile) l'azione penale, perdeva la competenza sull'azione civile. Quest'ultima (art. 9) non poteva promuoversi o proseguirsi a processo penale in corso e finché questo non giungesse a sentenza irrevocabile. Così ridisegnate, le relazioni tra le due azioni – come sùbito sintetizzò Eugenio Florian – obbedivano ai criteri dell'unità 'mortariana' della giurisdizione e del primato della giustizia penale sulla civile[57]. Peraltro, poiché l'art. 8 c.p.p. 1913

[53] Che l'art. 85 del c.p. Zanardelli (lb. I, tit. IX *Dell'estinzione dell'azione penale e delle condanne penali*) presupponesse una prospettiva processualistica della *morte del reo* era insinuato da L. Masucci, *Gli effetti giuridici* (1906), cit. in nt. 31, p. 213. Cfr. G. Ziccone, *Morte del reo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano 1977, p. 137.

[54] L. Masucci, *Gli effetti giuridici* (1906), cit. in nt. 31, p. 214; e, con espresso riferimento alla morte del reo, L. Lucchini, *Elementi* (1895), cit. in nt. 4, n. 118, p. 130; L. Lucchini, *Elementi* (1920), cit. in nt. 4, n. 118, p. 156.

[55] L'art. 1[1] c.p.p. 1913 asseriva che "dal reato sorge l'azione penale". La formula correggeva l'impropria locuzione dell'art. 1 c.p.p. 1865 ("Ogni reato dà luogo ad una azione penale", locuzione già usata dal *Codice per lo Regno – Parte IV*, art. 1), la quale pareva erroneamente presupporre una sorta di automatismo nell'avvio dell'azione penale: cosí L. Mortara – U. Aloisi, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Parte Prima, Libri primo e secondo (articoli 1 a 350), Seconda ediz. riveduta, Torino 1922, p. 15.

[56] L'art. 7[2] c.p.p. 1913 elencava alcune figure criminose in grado di produrre l'azione civile di risarcimento anche se non avessero "cagionato danno". Tale formula ingenerò interpretazioni contrastanti: secondo L. Mortara – U. Aloisi, *Spiegazione*, cit. in nt. 55, I, p. 46 essa comprendeva i soli danni patrimoniali, mentre per A. Stoppato, *Commento*, in L. Mortara, A. Stoppato, G. Vacca, A. Setti, R. de Notaristefani, S. Longhi (curr.), *Commento al Codice di procedura penale. Vol. IV: Codice di procedura penale. Libro I – Disposizioni generali*, Torino 1918, pp. 133-134, pur diffidente verso il concetto di danno *morale*, l'espressione rendeva risarcibile una vasta gamma di beni e di bisogni, coincidente con la sfera degli *interessi* perimetrata da Ar. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino 1913, § 82, pp. 262-264.

[57] E. Florian, *Il processo penale e il nuovo codice. Introduzione al Commentario del nuovo codice di procedura penale diretto da Garofalo, Berenini, Florian, Zerboglio*, Estratto, Milano 1914, p. 24. L'influenza della teoria di Mortara sulla disciplina del nuovo c.p.p. relativa al rapporto tra giurisdizioni civile e penale era francamente ammessa da C. Finocchiaro-Aprile, *Relazione a S.M. il Re* (27 febbraio 1913), in *Commento al Codice di procedura penale*, cit. in nt. 56, *Parte Prima – Lavori preparatorii. Volume terzo: Lavori parlamentari (relazioni, discussioni) e redazione definitiva del Codice e delle Norme di attuazione e Transitorie*, Torino 1915, p. 553. A. Stoppato, *Commento*, cit. in nt. 56, p. 166, uno dei principali redattori del c.p.p. 1913, rivendicava ad esso l'introduzione del principio dell'"economia di giudizi", giacché l'art. 8 consentiva l'"esercizio cumulativo" delle due azioni (civile e penale).

consentiva l'esercizio 'cumulativo' delle due azioni soltanto a condizione che quella penale non si fosse ancora esaurita, si ritenne definitivamente tramontata la possibilità, profilatasi sotto la vigenza del vecchio codice, che il giudice *penale*, una volta estinto il 'suo' processo, mantenesse una qualche cognizione sull'azione *civile*[58].

Il primato della giurisdizione penale sulla civile, già palese nel codice Finocchiaro-Aprile, fu ulteriormente rafforzato dal codice di procedura penale del 1930, il quale stabiliva la sospensione dell'azione civile (art. 2, commi II e IV) in attesa della decisione pregiudiziale del processo penale. Fu però il codice sostanziale Rocco che – nella materia qui analizzata – incise in profondità sulle categorie preesistenti. Esso, infatti, con ricercata simmetria logica[59] prescriveva che "la morte del *reo*, avvenuta prima della condanna, estingue il *reato*" (art. 150 c.p. 1930, *Morte del reo prima della condanna*); mentre "la morte del *reo*, avvenuta dopo la *condanna*, estingue la *pena*" (art. 171 c.p. 1930, *Morte del reo dopo la condanna*). I due articoli aprivano (ed aprono) i capi primo e secondo (rispettivamente concernenti l'estinzione del *reato* e della *pena*) del libro I, titolo VI (*Della estinzione del reato e della pena*).

La norma più tormentata è l'art. 150, la cui indubbia efficacia imperativa sconta un prezzo elevato in termini di appropriatezza semantica e di rigore dogmatico. Il disinvolto epiteto *reo* riferito a un soggetto non ancora condannato (mentre il codice Zanardelli, come detto, parlava all'art. 85 di morte dell'*imputato*) e la supposizione che ad estinguersi fosse un fatto storico irreversibile quale il *reato* suscitarono immediate obiezioni. Persino una nota del *Trattato* di Vincenzo Manzini, giurista certo non estraneo al *milieu* dei codificatori del Trenta, coglieva l'incongruenza del nuovo dettato normativo: "Meglio sarebbe stato dire [...] morte dell'*imputato*" giacché "l'estinzione di un reato non può avere considerazione pratica se non quando vi sia un imputato"[60].

Qualche dissenso, per la verità, si era levato già durante i lavori preparatori. Ma la Relazione ministeriale aveva precisato che il controverso lemma *reo* voleva assumere "un significato ben diverso da quello di 'persona dichiarata colpevole con sentenza di condanna irrevocabile'. Con la parola *reo* il Progetto ha inteso richiamare la relazione giuridica, di natura sostanziale, che corre tra il reato e il suo autore; e non già il rapporto processuale d'imputazione, attraverso cui la qualità del condannato viene ad imprimersi al colpevole". Continuare a riferirsi all'*imputato* anziché al *reo* – insisteva Alfredo Rocco – avrebbe riprodotto "l'equivoco di un richiamo ad una nozione processuale che deve rimanere estranea ad una materia" di esclusiva pertinenza "al diritto sostanziale"; e avrebbe ingenerato "l'equivoco che la causa estintiva presupponga uno stato d'imputazione già sorto, mentre essa prende vita ed è operativa indipendentemente dall'esistenza di un procedimento penale in corso e di uno stato d'imputazione, fin dal momento in cui si sia verificato il fatto naturale della morte". Il

[58] A. Stoppato, *Commento*, cit. in nt. 56, p. 167.

[59] Ad avviso di M. Pisani, *La "morte del reo", la pigrizia dei giudici e la forza dei precedenti*. Nota a Pret. Voghera, 7 ottobre 1986, *pret*. Nava, *imput*. Bertelegni, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", n.s. XXX (1987), p. 203, "uno scrupolo di purismo sostanzialistico, oltre che di simmetria", spinse il ministro Rocco a sostituire le formule zanardelliane *morte dell'imputato* e *del condannato* con quella sintetica di *morte del reo*.

[60] V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1934), cit. in nt. 47, III, n. 605, p. 327, nt. 2. Ancora nelle ultime edizioni dell'opera Id., *Trattato di diritto penale italiano. Quinta edizione aggiornata dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia. Volume terzo* (a cura del Prof. Pietro Nuvolone), Torino 1981, p. 412, nt. 2 definiva non *convincente* l'argomentazione della relazione ministeriale riguardo all'art. 150 c.p.

ministro ritenne d'aver così assicurato che la parola tanto vituperata prescindesse "da qualsiasi affermazione di colpevolezza e da qualsiasi presunzione di colpevolezza". Parimenti infondata suonava, per il guardasigilli, l'avversione al vocabolo *condanna*: "La dizione del Progetto non ha che un valore ipotetico: come, cioè, è qui considerata in ipotesi la figura del reo, così al reo corrisponde, altresì in ipotesi, una condanna"; di conseguenza, l'efficacia estintiva della morte andava estesa alle sentenze di proscioglimento non irrevocabili[61].

L'articolo della discordia è tuttora vigente e la scienza penalistica sembra esservisi rassegnata. A fronte di quella dottrina che continua a considerare "poco felice" la locuzione *morte del reo*[62], una brillante nota a sentenza di qualche anno fa ne ha persino apprezzato la dignità storica[63]. Dal suo canto la Corte Costituzionale (ord. 8-23 aprile 1965, n. 35), appellandosi alla relazione ministeriale Rocco, ha escluso recisamente che l'art. 150 sottintenda una sinonimia tra *reo* e *colpevole* e ha pertanto dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità per presunto contrasto con la considerazione di non colpevolezza (art. 27^2 Cost.). Qualche anno dopo, la Consulta (sent. 21 maggio 1970, n. 80) ha ritenuto "ovvio" che l'incostituzionalità delle norme vada valutata rispetto al "contenuto" anziché alla "sola improprietà lessicale". E ancora, in tempi più recenti (C. Cost., ord. 4 novembre 2011, n. 289, *rel.* Frigo), la stessa Corte non ha ravvisato l'illegittimità dell'art. 150 c.p. nella parte in cui non prevede, quale causa di estinzione del reato, l'impossibilità, per l'imputato affetto da incapacità permanente e irreversibile, di partecipare al processo in modo cosciente.

L'icasticità del sintagma *morte del reo* consentiva ai cantori del codice Rocco di celebrare l'art. 150 come consacrazione del brocardo *mors omnia solvit*, "immanente corollario del principio della personalità dell'imputabilità"[64]. Per i paradossi della

[61] Al. Rocco, *Relazione sul Libro I*, in Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco. Parte I^a. Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma 1929, n. 171, pp. 199-200. Pienamente adesivi alla relazione Rocco si professavano C. Saltelli – E. Romano Di Falco, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale con prefazione del guardasigilli Alfredo Rocco. Vol. I – Parte seconda (art. 85-240)*, Roma 1930, p. 682, i quali, dopo aver accennato ai dissensi emersi nel corso dei lavori preparatori, concludevano che la parola *reo* "prescinde da qualsiasi affermazione giudiziaria di colpevolezza, in quanto attiene al rapporto punitivo, non accertato con una sentenza di condanna, ma astrattamente considerato come esistente". Per contro, più di recente M. Pisani, *La "morte del reo"* (1987), cit. in nt. 59, p. 203 ha osservato che i riferimenti all'*estinzione* (art. 150 c.p.) e alla *condanna* (art. 171 c.p.) denotavano, in Rocco, "un linguaggio di eccentrica ed antiquata ispirazione processuale". Per un inquadramento dogmatico delle cause di estinzione del reato cfr. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*. Settima edizione, Bologna 2014, p. 821 (anche per una sintesi delle diverse posizioni dottrinali): per i due Aa. la morte del reo rientrerebbe tra le cause *incondizionate* di estinzione del reato (*ibidem*).

[62] G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, cit. in nt. 61, p. 822. Per A. Santoro, *Morte del reo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, X, Torino 1964, p. 948 la morte non può certo estinguere un dato ormai storico (il *reato*): d'altronde l'azione contro più correi non si estingue per morte di uno di essi (come peraltro dispone in generale, per tutte le cause estintive, l'art. 182 c.p.).

[63] M. Pisani, *La "morte del reo"* (1987), cit. in nt. 59, pp. 204-205, pur rimarcando la differenza tra il linguaggio "di colore assai cupo" del codice penale (morte del *reo*) e l'espressione (morte del *condannato*) adoperata dall'art. 89^2 c.p.p. 1930, ammette che il "latinismo" *reus* (già approvato da Nicolini e Carrara), nel contesto dell'art. 150 c.p., non equivaleva "affatto" a colpevole.

[64] C. Saltelli – E. Romano Di Falco, *Commento teorico-pratico*, cit. in nt. 61, I/2, p. 681. Espressioni pressoché identiche in V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1934), cit. in nt. 47, III, n. 604, p. 327, il

storia, in uno scenario valoriale del tutto mutato quale quello dell'Italia repubblicana la medesima disposizione è stata considerata dalla Corte Costituzionale "diretto riflesso del principio di carattere sostanziale di personalità della responsabilità penale" *ex* art. 27[1] Cost.[65]. D'altronde, come s'è osservato di recente, condannare un defunto si risolverebbe, alla luce dei princìpi costituzionali dell'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24[2]), della funzione rieducativa della pena (art. 27[3]) e del contraddittorio (art. 111[2]), "in una mera enunciazione incapace, *ab ovo*", di procurare i "contenuti positivi che la Carta riconosce alla sanzione"; la pronuncia "conseguirebbe ad un accertamento processuale carente per l'assenza (parziale o totale) di uno dei soggetti del rapporto processuale"[66].

Ad uno sguardo ravvicinato, tuttavia, pensare che il codice Rocco avesse recepito integralmente il motto *mors omnia solvit* sarebbe "eccessivo"[67]. Vero è che esso non avvertì il bisogno – a differenza del codice Zanardelli (art. 85[2]) il quale, come s'è detto, aveva innovato sul punto – di ricomprendere esplicitamente le pene *pecuniarie* tra quelle che si estinguevano con la morte del *condannato*: probabilmente la regola era ormai data per acquisita dalla dottrina più accreditata, la quale faceva osservare come il decesso privasse di ogni significato special-preventivo quelle sanzioni in danaro (multe, ammende, contravvenzioni tributarie) dotate di indubbio carattere penale[68]. Ancor più certo è che lo stesso codice del Trenta (stavolta prevedendolo espressamente all'art. 210 c.p., con la sola eccezione della confisca) sanciva l'inapplicabilità delle misure di sicurezza in caso di estinzione del reato o della pena (per qualsiasi causa, e non solo

quale d'altronde anche in altro brano della stessa ed. dell'opera (Id., *Trattato di diritto penale* [1933], cit. in nt. 5, I, n. 247, p. 604) insisteva sulla "personalità della responsabilità e dell'imputabilità" quale principio inderogabile negli ordinamenti penali moderni. Accenna ai fondamenti (stretta personalità della pena e della responsabilità penale) dell'art. 150 c.p. P. Pomanti, *Estinzione del reato*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche. Aggiornamento. Tomo I – A-M*, Milanofiori Assago 2005, p. 453.

[65] Cosí Corte Cost., Ord. 4 novembre 2011, n. 289, la quale non ha ravvisato nella disciplina dell'estinzione del reato una disparità di trattamento tra la morte del reo e la condizione dell'imputato totalmente incosciente. Già A. Santoro, *Morte del reo* (1964), cit. in nt. 62, p. 947 auspicava che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948, la disciplina penale della morte del reo venisse contemperata con il principio di personalità degli obblighi penali *ex* art. 27[1].

[66] L. Stortoni, *Estinzione del reato e della pena*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino 1990, p. 358.

[67] Cosí, in linea generale, A. Santoro, *Morte del reo* (1964), cit. in nt. 62, p. 947, la cui voce segnalava (ivi, pp. 947-948) varie eccezioni contemplate dai codici del Trenta al principio *mors omnia solvit* (la non estinzione del processo rispetto ai complici dell'*imputato ex* art. 182 c.p.; la sopravvivenza, alla morte del *condannato*, dell'obbligo di risarcire i danni, di pagare le spese processuali e quelle del mantenimento in carcere, tributi e tasse di natura civile, oneri assicurativi).

[68] Ad avviso di V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1934), cit. in nt. 47, III, n. 606, pp. 331-332 l'effetto estintivo della pena cui si riferiva l'art. 171 c.p. 1930 (morte del *condannato*) "comprende la condanna nel suo complesso e in tutte le sue conseguenze penali". Nel dettaglio (ivi, p. 333), rientravano tra le pene che si estinguevano per morte del condannato (purché avessero natura penale tale da giustificarne la valenza dissuasiva) l'obbligazione del civilmente obbligato per l'ammenda, la pena pecuniaria (per la sola parte non ancora versata), le sanzioni tributarie. A proposito di queste ultime, l'A. ricordava (ivi, p. 334) che durante la discussione al Senato sul progetto Vigliani di c.p. (1875) si era non a caso scelto di non codificare – come invece richiesto da alcuni interventori – la regola della trasmissibilità ereditaria delle pene pecuniarie derivanti da contravvenzioni a norme fiscali e gravanti sul condannato deceduto. Manzini era infine convinto che la morte del *condannato* estinguesse anche le pene accessorie (ivi, p. 335). Alle stesse conclusioni (riguardo a pene pecuniarie e accessorie) perveniva S. Ranieri, *Diritto penale*, cit. in nt. 5, p. 485.

per morte del *reo* o del *condannato*)[69].

Quel che 'restava', però, ossia che sopravviveva alla morte del *condannato*, erano le "obbligazioni civili derivanti dal reato": così prescriveva l'art. 198 c.p. 1930 con riferimento all'intera tipologia di cause estintive del reato o della pena e con l'eccettuazione degli obblighi a carico del preposto o della persona giuridica in caso d'insolvenza del condannato. La regola, secondo il Manzini, copriva anche le spese processuali, trattandosi di obbligazione parimenti civilistica[70]. In base a due specifiche disposizioni codicistiche, non si trasmettevano, invece, agli eredi né i costi del mantenimento in carcere del condannato (art. 188 c.p.), né quelli relativi alla custodia cautelare del deceduto (art. 274 c.p.p.): la seconda norma era stata corretta in sede di lavori preparatori per analogia con la prima, ravvisandosi nell'obbligo di mantenimento, "forse a torto" come chiosava Manzini, un "carattere personalissimo"[71]. Le pretese civilistiche, ovviamente, andavano fatte valere davanti al giudice civile contro gli eredi dell'imputato o del condannato defunto[72].

6. Prova dell'innocenza: bagliori garantistici nel c.p.p. 1930

Coerentemente con i propositi enunciati dal guardasigilli Rocco, il codice di rito del 1930 rispettava la 'sostanzializzazione' della disciplina della morte del reo[73]. Esso registrava, per così dire, di riflesso l'effetto estintivo del decesso dell'imputato sul processo penale: l'art. 152 c.p.p. imponeva infatti al giudice di dichiarare d'ufficio, con sentenza, "che il reato è estinto" (*ex* art. 421 c.p.p. analogo potere di accertamento, e di conseguente pronuncia di proscioglimento, spettava al giudice "prima del dibattimento"); e, com'è noto, a stabilire che la morte del reo *prima della condanna* comportasse l'estinzione del *reato* provvedeva il codice penale sostanziale (all'art. 150).

Non inganni, però, questa apparenza 'minimalista'. Il codice di rito architettato dal regime fascista riuscì, nella materia qui in esame, a colmare qualche lacuna e persino – come si vedrà – a dischiudere, forse oltre le intenzioni, insospettabili spiragli garantistici.

---

[69] Riguardo alla possibilità di confiscare beni ai danni degli eredi dell'imputato spentosi prima di essere condannato, G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, cit. in nt. 61, p. 823 riportano la posizione favorevole della "dottrina prevalente", considerata la natura *reale* e non personale di tale misura di sicurezza e che l'art. 210 c.p. eccettua proprio la confisca dalla regola generale dell'inapplicabilità delle misure di sicurezza dopo il verificarsi del fenomeno estintivo. Da tempo alla penalistica italiana pareva pacifica, in quanto misura precauzionale, la confisca *post mortem* (a danno degli eredi) dei beni dell'imputato o del condannato: cfr. P. Tuozzi, *Corso* (1890), cit. in nt. 5, pp. 499-500.

[70] V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1934), cit. in nt. 47, III, n. 606, p. 335; A. Santoro, *Morte del reo* (1964), cit. in nt. 62, p. 948.

[71] V. Manzini, *Trattato di diritto processuale* (1931), II, cit. in nt. 12, n. 227, p. 290, nt. 1.

[72] V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1934), cit. in nt. 47, III, n. 605, p. 330.

[73] Al. Rocco, *Relazione sul Libro I*, cit. in nt. 61, n. 171, p. 200. Nella dottrina più recente la tesi dell'afferenza della morte del reo al penale sostanziale è avallata, ad es., da G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, cit. in nt. 61, p. 822: i due studiosi trovano convincenti gli argomenti usati da M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale. III: Artt. 150-240*. Seconda edizione rinnovata e ampliata, Milano 2011, p. 18. Fautore della inscrivibilità di tutte le cause estintive nella categoria processuale della *improcedibilità* è invece A. Pagliaro, *Profili dogmatici delle cd. cause di estinzione del reato*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", n.s. X (1967), fsc. 2, pp. 472-506.

Sino al 1930 era rimasta priva di disciplina l'ipotesi di proscioglimento per morte dell'imputato erroneamente supposta. Nel 1909 Pasquale Tuozzi, in implicita polemica con Manzini e Brusa, aveva scritto che l'"assenza presunta" o dichiarata dell'imputato dal processo non costituiva motivo legittimo "di sospensione dell'azione penale, come da qualcuno non ha guari si è sostenuto", perché i motivi sospensivi erano "di ragion pubblica", quindi predeterminati dalla legge e non estensibili[74]. Sentendosi chiamato in causa, Manzini aveva replicato che i dubbi sull'esistenza in vita dell'imputato andavano risolti tenendo d'occhio lo spirito della legge, la quale di certo proibiva "di perseguire e di condannare i morti". Lo studioso friulano ammetteva, peraltro, un'eccezionale reviviscenza dell'azione penale per l'ipotesi prevista dal r.d. 1909 sulla *presunzione di morte* degli scomparsi nel terremoto di Messina[75].

Gli auspici del Manzini trovarono accoglienza nel codice di procedura penale del 1930, del quale egli d'altronde fu redattore pressoché solitario. L'art. 89 c.p.p. 1930, recante la rubrica *Dubbio sulla morte dell'imputato*, stabiliva la sospensione del procedimento allorché sorgesse "fondato dubbio sulla esistenza in vita dell'imputato" (I comma); la revoca della relativa ordinanza o, viceversa, l'emanazione d'una sentenza a seconda che l'esistenza fosse accertata o definitivamente esclusa (II comma); l'inesistenza dell'ordinanza di proscioglimento (la norma, per l'esattezza, imponeva di considerarla "come non pronunciata") qualora si fosse accertato che la morte era stata "erroneamente dichiarata" (III comma)[76]. Diverso, ad avviso di Manzini, restava il regime delle morti presunte regolamentate da leggi speciali (ad es., le leggi sui terremoti di Messina e di Avezzano, quelle sulla scomparsa dei militari nella Grande Guerra o sui dispersi in Libia [d.l. 26 febbraio 1925, n. 665]): in tali ipotesi si configurava un'estinzione *ex lege* del reato, e perciò il giudice avrebbe dovuto prosciogliere per causa estintiva, salvo il sopraggiungere d'una prova contraria[77].

Potenzialmente ancor più 'garantista' era l'altra innovazione introdotta dal codice di rito del 1930. Essa, tuttavia, concerneva la categoria generale delle cause estintive del

[74] P. Tuozzi, *Principii del procedimento penale italiano*, Torino s.d. [1909], n. 71, p. 80.

[75] V. Manzini, *Manuale* (1912), cit. in nt. 5, n. 227, p. 335. Eccezionalmente, secondo l'A. (ivi, nt. 2), in base all'art. 4 r.d. 17 gennaio 1909 sull'accertamento dei decessi provocati dal terremoto calabro-siculo, decreto che stabiliva una *presunzione di morte* per gli scomparsi, l'azione penale contro un presunto morto non avrebbe potuto che estinguersi: essa, però, in caso di annullamento o rettifica dell'atto di morte (art. 5: ecco l'eccezione cui Manzini alludeva) sarebbe risorta, dal momento che "la morte e non già l'atto di morte estingue l'azione penale".

[76] L'art. 89 c.p.p. 1930 aveva accolto "le nostre conclusioni", vale a dire la tesi dell'*inesistenza*, affermava soddisfatto V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale* (1931), II, cit. in nt. 12, n. 227, p. 291. Per lo stesso V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1934), cit. in nt. 47, III, n. 605, p. 328 l'eventuale sentenza che constatava il decesso rivestiva un carattere "meramente declaratorio". Per la quasi esclusiva paternità manziniana del c.p.p. 1930 v. M.N. Miletti, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in L. Garlati (cur.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano 2010, pp. 63-66. Sulla riformulazione operata dall'art. 69[2] c.p.p. 1989 riguardo al proscioglimento emesso sull'erroneo presupposto della morte dell'imputato cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2006[8], n. 25.8, p. 240. Oggi si ritiene inesistente la sentenza che dichiari erroneamente la morte dell'imputato: R. Garofoli, *Codice penale e delle leggi penali speciali. Annotato con la giurisprudenza*, Roma 2015, art. 150, p. 750.

[77] V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale* (1931), II, cit. in nt. 12, n. 227, p. 293; Id., *Trattato di diritto penale* (1933), cit. in nt. 5, I, n. 204, p. 468; Id., *Trattato di diritto penale* (1934), cit. in nt. 47, III, n. 607, pp. 336-337.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 28

reato: l'applicabilità alla *morte del reo* non era affatto pacifica. Sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1865 taluni studiosi avevano vagheggiato una possibile eccezione alla regola per cui la morte dell'imputato estingueva l'azione penale in qualsiasi grado questa si trovasse: era l'ipotesi in cui "il procedimento è già tanto inoltrato e le prove si sono già così largamente raccolte, che è facile discernere se il giudicabile debba ritenersi colpevole o innocente"[78]. Ad avviso di Giampaolo Tolomei (1874), quando un processo fosse solo in attesa di sentenza; o le prove dell'innocenza o della reità fossero già "manifeste"; o non servisse più "udire l'imputato", bisognava chiedersi se non costituisse "interesse della giustizia che sebbene morto l'imputato la sentenza si pronunci. Imperocché se innocente, ne rimanga purgata la memoria dalla macchia apportatavi dalla imputazione; se reo ne sia soddisfatta la comune coscienza di vederlo riconosciuto per tale". La risposta al quesito fornita dal professore patavino era articolata. Appariva "conforme alla giustizia" consentire di assolvere "sebbene morto l'imputato, a riparazione del suo diritto alla buona fama che perdura oltre la tomba": ciò a beneficio non solo dei congiunti ma anche di "ogni altro cittadino", giacché "tutti indistintamente i cittadini" nutrono un potenziale interesse a che "la fama dell'innocente non rimanga offuscata da semplici sospetti ancorché fossero da principio fondati". Se, viceversa, l'esito assolutorio fosse apparso dubbio, Tolomei reputava "inutile severità pronunciare una condanna che non può avere esecuzione"[79].

Qualche anno dopo, la prospettiva d'una riforma che permettesse le assoluzioni *post mortem* fu bocciata da Costantino Castori. Lo studioso, anch'egli docente presso l'Università di Padova, rilevava anzitutto come la famiglia dell'imputato (nella quale si sarebbero instillate insidiose *illusioni*) non potesse "di fronte alla società vantare alcun diritto speciale", a meno che non si fosse ammesso uno speculare diritto della collettività a far condannare l'imputato morto coprendone di "obbrobrio" la memoria "a terrore dei malvagi". Inoltre si sarebbe fatta dipendere la prosecuzione del processo da un dato casuale, ossia dallo stadio in cui esso si trovava al momento della morte dell'imputato. "La pubblica opinione" avrebbe potuto fondatamente sospettare, dietro le sentenze postume, nient'altro che "pietose menzogne intese a salvare la memoria" da un'"onta incancellabile". Per converso, si sarebbe *infamata* "la memoria di tutti quegli imputati" il cui processo non fosse sfociato in assoluzione, conferendo a costoro una tardiva patente di colpevolezza. In omaggio al principio di presunzione d'innocenza – concludeva dunque Castori – appariva preferibile non modificare il c.p.p. del 1865 e continuare a vietare l'emissione sia di condanne sia di assoluzioni "in confronto di un defunto"[80].

In piena sintonia con Castori, Luigi Masucci, deciso a rintuzzare "una dottrina" generosa ma "giuridicamente inattuabile", paventava il rischio che un'eventuale rinuncia all'istanza di assoluzione *post mortem* sarebbe equivalsa a riconoscere "implicitamente" l'esistenza di "luminose prove di reità" a carico del defunto: e così il

[78] L. Masucci, *Gli effetti giuridici* (1906), cit. in nt. 31, pp. 215-216 (l'A. sintetizzava una tesi da cui dissentiva).

[79] G. Tolomei, *Diritto e procedura penale esposti analiticamente ai suoi scolari [...]*. Terza edizione a nuovo ordine ridotta, Volume I – Fascicolo I, *Parte filosofica*, Padova 1874, n. 1546, pp. 382-383 (effettivo interesse della giustizia); ivi, n. 1547, p. 383 (assoluzione e potenziali legittimati); ivi, n. 1548 (regola da applicare solo alle assoluzioni indubbie; severità da evitare).

[80] C. Castori, *Le azioni* (1891), cit. in nt. 30, sez. IV, capo XVII, n. 134, pp. 172-174.

decesso, pur procurando la formale estinzione dell'azione, avrebbe in realtà *colpito* "crudelmente l'estinto, macchiandone implicitamente la memoria, senza la necessaria garanzia della difesa" e anzi aprendo su di lui una surreale disputa "di reità e d'innocenza"[81].

Il nervo, negli anni Venti, rimaneva scoperto, se il *Trattato* di Manzini ricordava come circolasse ancora la proposta di consentire agli interessati la richiesta di proseguire il processo contro il defunto: tale procedimento sarebbe dovuto approdare o a una sentenza dichiarativa di estinzione, quando l'imputato, se vivente, avrebbe subìto una condanna; o a una sentenza di assoluzione nel merito. Manzini ammetteva che un simile congegno avrebbe permesso di difendere la memoria del congiunto dagli "attacchi degli eventuali coimputati" e di preservare "la così detta presunzione d'innocenza", concetto dal valore "meramente legale" e privo invece di "riconoscimento sociale". Ma non si nascondeva che, se il giudice avesse imboccato la prima strada delineata dai proponenti e cioè avesse emesso una sentenza di improcedibilità, ciò sarebbe equivalso a "condanna di un estinto". Al giurista friulano pareva pertanto più realistica una riforma che, "nei processi a più coimputati" uno dei quali fosse deceduto, permettesse agli interessati di "presenziare all'istruttoria e al dibattimento mediante un curatore speciale" autorizzato soltanto a difendere la memoria del defunto. Sarebbe così uscito "dalla cerchia delle ipocrite enunciazioni giuridiche e delle vane menzogne etiche l'antico principio: *Is qui in reatu decedit, integri status decedit*"[82].

Assurto, di lì a poco, al rango di codificatore, Manzini non tradusse il suo suggerimento in un articolo del codice. Però il c.p.p. del 1930 fece balenare una speranza agli occhi di chi spingeva per l'introduzione della regola dell'assolvibilità 'postuma'. Il secondo comma dell'art. 152 disponeva l'immediato proscioglimento nel merito allorché risultasse una causa di estinzione del reato ma già esistessero prove evidenti che il fatto non sussistesse o non fosse previsto dalla legge come reato o l'imputato non l'avesse commesso. Il *favor* verso l'imputato di reato estinto si concretizzava nella prospettiva di ritrovarsi prosciolto *nel merito*, laddove il primo comma dello stesso articolo avrebbe comportato 'soltanto' l'"immediata declaratoria" dell'estinzione.

La norma fu accolta dalla penalistica degli anni Trenta con comprensibile enfasi. Se, ad avviso di Giovanni Leone, l'art. 152 c.p.p. rappresentava nel suo complesso "la più importante applicazione" della "sensibilità singolare" del legislatore verso "l'interesse alla libertà del cittadino"[83], il secondo comma soprattutto, e cioè la prevalenza delle ragioni di proscioglimento nel merito rispetto alle cause di estinzione del reato, segnava – per Ugo Aloisi – il trionfo della "verità" e dell'"innocenza", della "logica reale" sul vieto "rigidismo formale" ancora presente nel c.p.p. del 1913. Altrettanto entusiasta il commento di Eugenio Florian: "Qui splende e si afferma al di sopra dei limiti accusatorii il principio dell'interesse sociale, che investe il giudice d'un

[81] L. Masucci, *Gli effetti giuridici* (1906), cit. in nt. 31, pp. 216-217.

[82] V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1926), cit. in nt. 5, n. 653, pp. 177-178. La citazione era tratta dal frammento ulpianèo D. 48.4.11.

[83] G. Leone, *Libro primo titoli terzo e quarto*, in *Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo sotto la direzione del prof. Ugo Conti [...]. Volume primo*, Milano 1937, p. 602. Riguardo al secondo comma dell'art. 152, l'A. (ivi, p. 605) lo giudicava disposizione "importantissima e completamente nuova".

potere autonomo in servizio della verità e della giustizia". Lo stesso Florian elevava addirittura l'art. 152[2] a canone ermeneutico "fondamentale", dal quale avrebbero potuto dedursi "sprazzi di orientamenti generali [...] informat[i] ad una costante tutela della innocenza e della non punibilità"[84].

Il plauso non preservò l'art. 152[2] da contrasti interpretativi, che spaziavano dai margini di discrezionalità del giudice nel valutare *evidente* la prova dell'innocenza (e dunque nel pronunciarsi nel merito)[85] alla presunta eccezionalità della fattispecie processuale[86]. Qui rileva soprattutto la questione dell'applicabilità della norma all'ipotesi di estinzione del reato per morte del reo[87].

Giuristi che avevano lavorato nell'officina della codificazione del Trenta non parevano affatto inclini a tollerare forzature in nome della reputazione *post mortem* dell'innocente. Il diffuso commentario di Saltelli e Romano Di Falco, pur non affrontando frontalmente il problema dell'utilizzabilità dell'art. 152[2] nei processi estinti per morte del reo, si rammaricava che il codice (sostanziale) del 1930 non avesse potuto accogliere la proposta, "proveniente da un sentimento nobile", di accordare alla famiglia la facoltà di richiedere la continuazione del procedimento, allorché contro l'imputato deceduto risultassero "già raccolte" prove sufficienti a dichiararne l'innocenza. Ostava contro questo "desiderio", secondo i due Autori, l'eventualità che il giudice, proseguendo l'azione, decidesse comunque di dichiarare estinta l'azione, anziché assolvere il defunto: quest'ultimo avrebbe così patito un danno ormai irreparabile[88]. L'obiezione, come si vede, rispolverava l'argomento della 'beffa', a suo tempo adoperato da Castori, Masucci e più di recente da Manzini per contrastare l'introduzione nel codice dell'assoluzione postuma.

---

[84] Rispettiv. U. Aloisi, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano 1932, p. 367; E. Florian, *Principî di diritto processuale penale*. Seconda edizione riveduta e coordinata al nuovo codice di procedura penale, Torino 1932, p. 472 (interesse sociale [la frase si legge a proposito di impugnazione]); ivi, p. 34 (canone ermeneutico). Le voci che esaltavano il nuovo art. 152 c.p.p. erano passate in rassegna da S. Cicala, *Cause estintive del reato e pronuncia in merito*, in "Annali di diritto e procedura penale", II (1933), fsc. 3, p. 227, nt. 2. Secondo A. Pecoraro Albani, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli 1967, pp. 279-281 anche da un altro punto di vista l'art. 152[2] assurgeva a valenza generale: consentendo che il giudice, in presenza d'una causa estintiva del reato, dichiarasse il non doversi procedere anziché proscioglierе nel merito, esso sottintendeva - contro la nota tesi carneluttiana – che potesse esistere un reato (estinto) pur senza sentenza di condanna.

[85] Ad avviso di S. Cicala, *Cause estintive* (1933), cit. in nt. 84, pp. 230-232 l'art. 152[2] conferiva al giudice non una facoltà discrezionale, bensí un "obbligo tecnico-processuale" di pronunciare sentenza di proscioglimento. Il giudice, comunque, restava libero di ravvisare l'avvenuto raggiungimento dell'*evidenza* della prova (senza obbligo di motivare) e la relativa pronuncia non era impugnabile né soggetta a revisione. Da qui la configurazione d'un mero "interesse legittimo" dell'imputato, imperniato sulla difesa dell'onore. Anche E. Florian, *Principî* (1932), cit. in nt. 84, p. 336 propendeva per la "libertà della prova", nel senso che l'art. 152[2], "con giusta preoccupazione dell'innocenza", consentiva al giudice di provare liberamente la prevalenza dell'innocenza sulle cause estintive.

[86] Per S. Cicala, *Cause estintive* (1933), cit. in nt. 84, pp. 228-229 il secondo comma dell'art. 152 costituiva, rispetto al primo, un'eccezione, che scattava soltanto in presenza di cause estintive del reato: la norma era pertanto insuscettibile di interpretazione analogica. Nessuna eccezionalità vi ravvisava invece A. Jannitti Piromallo, *Applicabilità del capoverso dell'art. 152 C.p.p. in caso di morte dell'imputato*, in "Rivista Penale", LXXIII (1948), fsc. 6 (giu.), p. 481, bensí soltanto una subordinazione dell'interesse insito nella causa estintiva all'interesse superiore di evitare pregiudizi a palesi innocenti.

[87] Ai dubbi dottrinali accennava A. Santoro, *Morte del reo* (1964), cit. in nt. 62, p. 948.

[88] C. Saltelli – E. Romano Di Falco, *Commento teorico-pratico*, cit. in nt. 61, I/2, pp. 681-682.

Nel 1934 proprio Manzini si pronunciò apertamente contro la riferibilità dell'art. 152[2] alla causa estintiva della morte del reo. Lo studioso, premesso che l'azione penale non poteva proseguire "contro il defunto, per veruna ragione, neppure nell'interesse della memoria di lui", perché il decesso dell'imputato privava il giudice di ogni potere di "sentenziare nel merito", rilevava con puntiglio che il controverso secondo comma parlava di *imputato* e che tale non poteva più considerarsi il deceduto. A sostegno della cavillosa *ratio*, il penalista friulano citava, per il tramite d'una monografia di Gabriel Timbal d'inizio Novecento, la disavventura occorsa alla madre d'un imputato deceduto "dopo essersi professato innocente": la donna, per difendere la memoria del figlio dal rischio d'una diffamazione e tutelarsi civilmente, aveva chiesto d'intervenire nel giudizio intrapreso contro un coimputato superstite, ma la Corte di Parigi le aveva negato tale facoltà, adducendo – in nome d'un principio corretto ma "discutibile *de jure condendo*" – l'ormai ineluttabile estinzione del processo contro il deceduto[89].

Sul versante opposto tuttavia, negli stessi anni, studiosi altrettanto prestigiosi caldeggiavano l'impiego dell'art. 152[2] anche in caso di morte dell'imputato. Per accreditare questa tesi Salvatore Cicala si appellava all'intento – enunciato nella relazione ministeriale al progetto preliminare – di far prevalere la "giustizia sostanziale" sul "gretto formalismo curialesco": l'art. 152[2], a suo parere, avrebbe evitato il "grave nocumento" derivante "ai discendenti dell'imputato defunto da una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato" in luogo di un proscioglimento nel merito[90]. Dello stesso avviso si professava Giovanni Leone, confortato da alcune pronunce giurisprudenziali: lo studioso napoletano precisava tuttavia, in base ai princìpi generali del processo italiano, che eredi o congiunti non sarebbero potuti

[89] V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1934), cit. in nt. 47, III, n. 605, p. 328; ivi, nt. 2 per il riferimento a G. Timbal, *La condition juridique des morts*, Toulouse 1903, p. 142. Pochi anni prima, all'indomani dell'entrata in vigore dei nuovi codici, V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale* (1931), II, cit. in nt. 12, n. 227, pp. 289-290 si era limitato a richiamare la regola, valevole in caso di morte dell'imputato, dell'immediata declaratoria di improcedibilità per estinzione dell'azione: in altri termini l'A. aveva allora considerato la questione risolvibile entro l'art. 152[1], e aveva ritenuto di sorvolare sulla problematica applicabilità del secondo comma. Nelle successive edizioni della sua opera principale lo studioso avrebbe lasciato inalterata la soluzione negativa, puntellandola, però, con lievi varianti argomentative. Ad es. Id., *Trattato di diritto penale italiano*. Nuova edizione completamente aggiornata. *Volume terzo*, Torino 1950, n. 605, p. 376 fondava l'inapplicabilità alla morte dell'imputato dell'art. 152[2] sul fatto che il decesso sottraeva al giudice la possibilità di qualsiasi giudizio nel merito (cosí essenzialmente anche S. Ranieri, *Diritto penale*, cit. in nt. 5, p. 149). Qualche anno dopo (V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale* [1956], II, cit. in nt. 12, p. 315) l'argomentazione si sarebbe nuovamente spostata sulla perdita, conseguente alla morte, dello *status* di imputato: "e non si può 'prosciogliere' in merito chi non è imputato".

[90] S. Cicala, *Cause estintive* (1933), cit. in nt. 84, p. 238. L'A. alludeva ad Al. Rocco, *Relazione*, in Ministero della giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori*, cit. in nt. 61, *Volume VIII. Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli*, Roma 1929, p. 8 (quanto al primato della "giustizia sostanziale"; l'altra locuzione non era invece agganciata, nel testo originale della *Relazione*, alla prima); e ivi, p. 33 ("è doveroso [...] evitare" contrasti tra giustizia formale e materiale). Lo stesso S. Cicala, *Cause estintive* (1933), cit. in nt. 84, p. 238, nt. 1, al fine di irrobustire le ragioni del *favor innocentiae*, ricordava come per l'ammissione a taluni corpi armati dello Stato fosse richiesta "l'assoluta illibatezza" degli "ascendenti". Nello stesso arco cronologico si pronunciavano per l'applicabilità dell'art. 152[1] alla morte del reo E. Massari, *Il Processo Penale nella nuova legislazione italiana*, II, Napoli 1934, pp. 684-685; O. Vannini, *Libro primo. Titoli quarto, quinto e sesto*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*. Sotto la direzione di U. Conti, I, Milano 1934, n. 191, p. 620.

intervenire in giudizio per richiedere il proscioglimento, posta l'eccezionalità dell'istituto della revisione[91].

A poco più d'un mese dall'entrata in vigore della Costituzione, il 14 febbraio del 1948 le Sezioni Unite della Cassazione, celebrando il processo ad esponenti di spicco del regime fascista quali Bruno Biagi (già sottosegretario alle Corporazioni, spentosi a Roma il 22 dicembre del 1947) e Alessandro Chiavolini, stabilirono che il reo deceduto in pendenza del ricorso per Cassazione non potesse ottenere un proscioglimento nel merito *ex* art. 152[2]: ciò in quanto la causa estintiva consistente nella morte del reo rifluiva sotto la disciplina del primo comma, ossia comportava la mera sentenza di estinzione dell'azione penale. Il difensore del Biagi perorò per il suo assistito il diritto alla "riabilitazione della memoria". Ma la Cassazione, pur riconoscendo all'istanza "indubbio valore morale", la valutò incompatibile coi "princìpi fondamentali del nostro ordinamento giuridico". Sul piano del rapporto sostanziale, anzitutto, la morte – ad avviso dei giudici supremi – determinava il venir meno del contraddittorio, dal momento che "il soggetto cui si rivolge la pretesa punitiva dello Stato non può essere necessariamente che una persona umana vivente" e in grado di assoggettarsi personalmente all'eventuale sanzione. Dunque, la mancanza della persona fisica per morte comportava l'immediata cessazione del "rapporto giuridico". Specularmente ai princìpi *sostanziali*, proseguivano le Sezioni Unite, anche il "rapporto [...] processuale" instauratosi a séguito del reato presupponeva la partecipazione "continua, permanente" dei soggetti-parti sino alla sentenza irrevocabile: sicché l'estinzione del "rapporto giuridico penale" per morte dell'imputato determinava la cessazione anche del "rapporto giuridico processuale", per difetto di uno dei soggetti, del contenuto e della "sua ragion di essere". Una cessazione, precisava la sentenza, "immediata e contestuale", a prescindere dall'eventuale prolungarsi del processo per mere "necessità pratiche" e dalla presenza non rilevante del difensore. Quanto alla richiesta della difesa di Biagi di applicare l'"eccezione innovativa" dell'art. 152[2], le Sezioni Unite la respinsero perché quel comma parlava di *imputato* e questo termine presupponeva pur sempre un soggetto ancora in vita; perché un accertamento di merito avrebbe preteso un contraddittorio non più instaurabile e per di più avrebbe potuto, per *assurdo*, danneggiare la memoria dell'imputato. In definitiva, conclusero i giudici supremi, per tutelare "le apprezzabili ed umane ragioni addotte dal difensore del Biagi" sarebbe occorsa una disposizione legislativa *ad hoc*, quale quella sulla revisione (artt. 553 ss. c.p.p.) la quale, non a caso, si preoccupava di garantire la permanenza del "rapporto giuridico processuale" mediante la nomina d'un sostituto[92].

La sentenza delle Sezioni Unite fu contestata da Alfredo Jannitti Piromallo, presidente della I sezione penale della stessa Cassazione. Secondo l'alto magistrato,

[91] G. Leone, *Libro primo titoli terzo e quarto* (1937), cit. in nt. 83, p. 605, nt. 1. Cfr. anche Id., *Trattato di diritto processuale penale. I. Dottrine generali*, Napoli 1961, p. 209 (ivi, nt. 30 per bibliografia). Laconico nell'ammettere l'applicazione dell'art. 152[2] alla morte del reo G. Bettiol, *Diritto penale (Parte generale)*, Palermo 1945, p. 528.

[92] Cass. Sez. Un., 14 febbraio 1948, *pres.* De Ficchy, *rel.* Petruzzi, *p.m.* Battaglini, *ric.* Biagi e Chiavolini, in "Rivista Penale", LXXIII (1948), fsc. 4-5, pp. 365 (rapporto sostanziale); 365-366 (rapporto processuale); 366 (irrilevanza del protrarsi dell'azione penale e della presenza del difensore; assenza di contraddittorio; motivi del rifiuto di applicare l'art. 152[2]); 366-367 (conclusioni). Che la pronuncia delle Sezioni Unite fosse la prima sul punto si desume da A. Jannitti Piromallo, *Applicabilità* (1948), cit. in nt. 86, p. 479.

l'esclusione della *morte* dal novero delle cause di applicazione dell'art. 152[2] non trovava alcuna giustificazione testuale e il ragionamento dei giudici supremi era frutto d'un "evidente equivoco". In primo luogo, doveva ritenersi sfumata ogni *pretesa punitiva* allorché lo Stato avesse accertato (come prevedeva, per l'appunto, la norma in questione) l'insussistenza del reato. In secondo luogo, come dimostrava autorevole dottrina, il rapporto giuridico processuale presupponeva la *necessaria* presenza di soli due soggetti: giudice e accusatore. Infine, nello stabilire un ordine di precedenza tra cause di declaratoria di improcedibilità, occorreva tener conto, come in qualsiasi operazione ermeneutica, del "grande interesse umano" per la "tutela del buon nome d'un innocente, sopra ogni altra cosa rispettabile"[93]. A commento parimenti critico della medesima sentenza delle Sezioni Unite, Benedetto Pellingra, assistente di Diritto processuale penale all'Università di Palermo, osservò che la richiesta avanzata dal difensore del Biagi di ottenere un proscioglimento nel merito *ex* art. 152[2] perseguiva, in realtà, un "interesse di natura pubblicistica e non esclusivo dell'imputato", sicché cadeva il presunto ostacolo dell'indispensabilità del contraddittorio[94].

Il dibattito si protrasse negli anni Cinquanta e nei primi Sessanta. Dottrina e giurisprudenza restavano prevalentemente persuase che la morte dell'imputato troncasse istantaneamente il rapporto processuale e che ciò impedisse al giudice di pronunciare un eventuale proscioglimento nel merito. Dal fronte avverso s'invocavano esigenze di "giustizia sostanziale" e di *favor rei* (del quale l'art. 152[2] era considerato espressione), anche al fine di evitare disparità tra coimputati non tutti deceduti; e si eccepiva la possibilità d'instaurare tra due soli soggetti (accusatore e giudice) un rapporto processuale che, peraltro, era iniziato con la fisiologica struttura triadica[95].

Nella dialettica tra le opposte interpretazioni s'insinuò nel 1954 l'inopinato ripensamento di Manzini, del quale peraltro egli non diede atto nel *Trattato*. Nel 1952

[93] A. Jannitti Piromallo, *Applicabilità* (1948), cit. in nt. 86, pp. 481-484. Sull'insussistenza d'una pretesa punitiva al momento dell'estinzione del reato per decesso dell'imputato cfr. anche B. Pellingra, *Declaratoria di estinzione del reato per morte dell'imputato e assoluzione in merito*. Nota a Sez. Un. penali, 14 febbraio 1948, *pres*. De Ficchy, *rel*. Petruzzi, *p.m*. Battaglini, *ric*. Biagi e Chiavolini, in "Giustizia penale", LV (1950), pt. III, col. 579. Ivi, col. 585 l'A. smentiva che l'esistenza in vita dell'imputato costituisse *condicio sine qua non* del processo. Sostenitore (ivi, col. 580) della tesi carneluttiana della *precedenza* tra cause di non procedibilità dell'azione, Pellingra esortava a valutare la "preminenza" tra interessi ponendosi dal punto di vista dello Stato *amministratore* anziché dello Stato *giusdicente*.

[94] B. Pellingra, *Declaratoria* (1950), cit. in nt. 93, col. 587.

[95] G. Ziccone, *Morte del reo* (1977), cit. in nt. 53, p. 138. Prendendo spunto *a contrario* da Corte d'Appello Milano, IV sez. pen., 6-23 ottobre 1986, *pres*. Ligabue, *rel*. Riccardi, *imp*. Mustafà e Carta Annunzia, M. Pisani, *La "morte del reo"* (1987), cit. in nt. 59, pp. 203-206 forniva un'acuta e puntuale mappatura degli schieramenti dottrinali del secondo dopoguerra, evidenziando le "tautologie" della dominante dottrina conservatrice e l'arroccamento della giurisprudenza (salvo Cass., sez. IV, 28 maggio 1969, *ric*. Sergi) sulla "nozione vetusta di *rapporto giuridico processuale*" (ivi, p. 206). *Ibidem* l'A. segnalava il *revirement* manziniano (su cui v. *infra* nel testo) del 1954 (non registrato nel *Trattato*) e le critiche di F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 1985[8], pp. 996-999 alla "stravagante" posizione della Cassazione. Sulla paralizzante convinzione della giurisprudenza circa l'afferenza della morte dell'imputato al rapporto processuale v. F. Falato, *Immediata declaratoria e processo penale*, Assago 2010, p. 151. Per gli sviluppi giurisprudenziali più recenti, raffrontati alla disciplina (e alla dottrina) risalente al c.p.p. 1930, cfr. G. Diotallevi, *Della estinzione del reato e della pena*, in G. Lattanzi – E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Volume V: La modificazione, applicazione ed esecuzione della pena. L'estinzione del reato e della pena, le sanzioni civili e le misure amministrative di sicurezza. Libro I – Artt. 132-240*, a cura di E. Aprile et alii, coordinamento di M. Gambardella, Milano 2010, spec. pp. 138-141.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 28

una corriera era precipitata in un lago della Val Venosta, procurando la morte di 22 persone e dell'autista: le perizie avevano accertato che questi era stato còlto da improvviso malore. Il giudice istruttore di Bolzano aveva deciso che, "iniziata l'azione penale contro un morto, imputato del reato di omicidio colposo plurimo, ove gli accertamenti istruttori escludano la sussistenza del fatto devesi dichiarare non doversi procedere per inesistenza del fatto" *ex* art. 152[2] c.p.p. "anziché per estinzione del reato per morte" *ex* art. 150 c.p., specie se il proscioglimento nel merito s'imponesse nei confronti di altri coimputati. Nell'annotare la pronuncia, Manzini dichiarava anzitutto di non comprendere come il p.m. avesse "potuto iniziare l'azione penale contro un morto. Aberrazione così evidente e così singolare" vista l'indispensabilità che l'imputato sia "individuo *vivente*". Quanto al giudice istruttore, il giurista udinese lo giustificava, perché forse, "dovendo giudicare un imputato vivo [il titolare della società delle autolinee] insieme ad altro morto", si era determinato a séguito dell'indagine a "non doversi procedere contro entrambi con la formula di merito". Ad ogni modo, nel caso di specie la causa estintiva dell'azione penale (la morte dell'autista) preesisteva all'inizio del processo e dunque anche all'evidenza della prova a favore del reo: mancavano perciò i requisiti di applicazione dell'art. 152 cpv. Se però – ed ecco il *revirement* manziniano – "la morte avvenga dopo che l'azione penale era stata iniziata contro l'imputato e quando già furono raccolte prove" a discarico, allora sarebbe divenuta "legittima la pronuncia con formula di merito" *ex* art. 152 cpv. c.p.p., come aveva deciso qualche tribunale, mentre la Suprema Corte restava "nettamente contraria"[96].

Il penalista friulano ammetteva onestamente d'aver sino ad allora condiviso l'opinione restrittiva, "perché la morte estingue non solo il reato, ma altresì l'imputato, e perché le cause estintive del reato operano dal momento in cui intervengono (art. 183 c.p.) e non si può prosciogliere in merito chi non è imputato. *Re melius perpensa*", però, egli s'era convinto che gli argomenti ostativi "eran troppo formalistici": l'art. 152[2] non distingueva tra cause estintive; e non presupponeva né un imputato esistente (tranne nella locuzione *l'imputato non lo ha commesso*) né un contraddittorio. Nulla vietava, inoltre, che un rapporto processuale s'instaurasse senza l'imputato, come nei procedimenti contro ignoti o contumaciali. In sintesi: "Se nel momento del giudizio non si ha più un imputato (perché defunto), ciò non toglie che egli lo sia stato nello stesso procedimento", e allora non si comprendeva perché dovesse negarglisi quel proscioglimento nel merito che egli avrebbe ottenuto se fosse rimasto in vita[97].

In sostanza, ragionava Manzini, nel concorso tra una causa estintiva del reato da un lato e dall'altro una causa d'insussistenza del fatto o di incolpevolezza dell'imputato o di non integrazione d'un reato il capoverso dell'art. 152 si limitava ad attribuire una "ragionevole" prevalenza alle seconde. Era vero che "il morto, non essendo più persona", non coltivava più "interessi giuridici", ma ciò non toglieva che l'ordinamento considerasse "la memoria del defunto come un interesse protetto": la norma in questione perseguiva dunque esigenze di "giustizia materiale, indipendentemente da sottigliezze meramente formali" che avrebbero proiettato

[96] V. Manzini, *La morte dell'imputato e l'art. 152 cpv. c.p.p.* Nota a G.I, Bolzano, 8 ottobre 1952, *est.* Pombeni, p.m. c. Hilpold Francesco e Vitti Umberto, in "Rivista Penale", LXXIX, parte I, fsc. 1 (gen. 1954), pp. 62-64.

[97] Ivi, p. 65.

un'ombra di "ingiustificato sospetto sulla memoria dell'estinto"[98].

Il dilemma della 'prevalenza' tra cause estintive del reato e risultanze *evidenti* di insussistenza o non imputabilità del reato si ripresenta nel codice Vassalli, il cui art. 129 prospetta nuovamente, in forma di alternativa tra due commi, la bipartizione tra dichiarazione di improcedibilità e sentenza (nel merito) di proscioglimento o assoluzione. Ancora una volta appare incerto se la morte dell'imputato rientri tra quelle cause estintive in presenza delle quali il giudice possa, ove vi siano riscontri *evidenti*, emanare una pronuncia liberatoria nel merito (art. 129[2]). Accantonate le intransigenze dogmatiche, la dottrina pare orientata da un dichiarato *favor innocentiae* ad ammettere, alle condizioni probatorie dettate dall'art. 129[2], la possibilità che l'imputato deceduto durante il processo sia assolto nel merito[99]. Anche qualche pronuncia giurisprudenziale degli ultimi lustri riconosce, in attuazione del principio di eguaglianza e per considerazioni di economia processuale, l'opportunità di non far scontare a congiunti ed eredi dell'imputato defunto la "casualità della sopravvenienza della morte del loro dante causa, rispetto alla miglior sorte dell'imputato vivente, che avrebbe viceversa il vantaggio di vedere riconosciuta la propria innocenza"[100].

7. La revisione: il defunto processa la società

L'intreccio tra morte, processo penale e tutela della memoria obbliga almeno ad accennare all'istituto della revisione, la cui sfera di applicazione riguarda invero non l'imputato ma il *condannato* deceduto. Già il *Codice Romagnosi* accordava ai congiunti del *condannato defunto* la facoltà di richiedere la revisione e prevedeva la *riabilitazione della*

98 Ivi, pp. 65-66. Sull'esistenza, in entrambi i codici del 1930, di norme a "tutela del buon nome del defunto" v. A. Santoro, *Morte del reo* (1964), cit. in nt. 62, p. 948; M. Pisani, *La "morte del reo"* (1987), cit. in nt. 59, p. 206.

99 L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino 2008, pp. 104-105, dopo aver ricostruito le resistenze registratesi sotto la vigenza del c.p.p. 1930 al proscioglimento nel merito dell'imputato deceduto (resistenze dovute alla mancanza, nell'art. 89[2] di quel codice [obbligo del giudice di pronunciare sentenza una volta accertata la morte dell'imputato], di un espresso rinvio all'art. 152[2]), osserva che il nuovo art. 69 c.p.p. 1989 impone al giudice, "se risulta la morte dell'imputato", di pronunciare sentenza in ogni stato e grado del processo ai sensi dell'art. 129: il rinvio – osserva l'A. – attiene all'art. 129 "nella sua interezza", e dunque ricomprende anche la possibilità della formula di proscioglimento nel merito delineata nel secondo comma. Ivi, pp. 105-107 alcune considerazioni circa l'attività probatoria consentita dal nuovo c.p.p. in caso di dubbio sulla morte dell'imputato. A favore dell'applicabilità del 129[2] all'ipotesi di morte del reo cfr. già P. Pomanti, *Estinzione* (2005), cit. in nt. 64, p. 454 (che segnala il superamento del vincolo determinato dalla costituzione del rapporto processuale); G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, cit. in nt. 61, p. 823. Al contrario F. Falato, *Immediata declaratoria*, cit. in nt. 95, pp. 152-154, recuperando la concezione triadica del rapporto processuale, ripropone la tesi secondo cui la morte del reo determinerebbe il venir meno d'una condizione di procedibilità. Da qui l'inapplicabilità dell'art. 129[2] c.p.p. 1989: di fronte al decesso dell'imputato, il giudice dovrebbe limitarsi alla declaratoria di improcedibilità di cui al primo comma e omettere ogni indagine nel merito.

100 Cass. Pen., 14 maggio 2007, n. 24152, cit. da R. Garofoli, *Codice penale*, cit. in nt. 76, art. 150, pp. 748-749. Nello stesso senso già Cass. Pen., Sez. Un., 4 febbraio 1992, n. 8882. Cfr. anche Cass., IV sez. pen., sent. 376 del 24 febbraio 2011, *pres.* Carlo Giuseppe Brusco, *est.* Gaetanino Zecca, *imp.* Roberto Tucci e Pasquale Borgomeo; Trib. Napoli, 8 aprile 2014, n. 4755, cit. tramite Garofoli, *Codice penale*, cit. in nt. 76, art. 150, p. 748.

memoria qualora il giudice si fosse convinto che il deceduto, "se fosse stato in vita", sarebbe dovuto andare assolto (art. 678[1-2]). Il *Code d'instruction criminelle* napoleonico si presentava più restrittivo, perché ammetteva a favore del morto la revisione dei soli processi di omicidio e la subordinava alla presentazione di documenti idonei ad arrecare "sufficienti indizi" di permanenza in vita del supposto ucciso: a queste condizioni, la Cassazione avrebbe nominato un curatore dotato dei medesimi diritti spettanti al condannato deceduto (art. 447 c.i.c.).

La disciplina francese venne perfettamente ricalcata dai codici sardi di procedura penale, salvo l'avvicendamento intervenuto nel 1859 tra Cassazione e Corte d'assise quanto al potere di nomina del curatore in vista dell'eventuale riabilitazione del defunto[101]. Il congegno fu definito dal Pescatore quanto meno un "tentativo di riparare anche oltre la tomba" l'errore giudiziario: non già – osservava suggestivamente lo studioso canavese – un "processo giudiziale tra la Società e la memoria di un morto", quanto un processo intentato proprio dal "defunto ingiustamente condannato [...] alla Società stessa"[102]. Il codice italiano del 1865 confermò la facoltà di richiedere la revisione della condanna dell'omicida poi deceduto, e la ampliò non solo ai casi in cui – come già stabilivano i precedenti articolati sabaudi – sopraggiungessero "sufficienti indizi" di esistenza in vita del presunto ucciso, ma anche in presenza di sentenze di condanna inconciliabili l'una con l'altra (art. 692): con questo inserto il guardasigilli Cortese sperava di por termine a casi "ben noti per lagrimevole celebrità"[103].

Il codice Finocchiaro-Aprile, oltre a riassumere in termini più efficaci le cause di revisione (art. 538), recepì (art. 546[2]) la disciplina del 1865 circa la nomina del curatore della riabilitazione. Nel testo del 1913 si affacciava altresì una timida previsione di riparazione pecuniaria degli errori giudiziari (art. 552), della quale avrebbero potuto beneficiare anche i congiunti dell'assolto ormai deceduto. Da questo assetto non si sarebbe discostato, salvo alcuni dettagli, il c.p.p. 1930 (art. 564, *Revisione a favore del condannato defunto*; art. 572, *Riparazione pecuniaria in caso di morte del prosciolto*)[104].

---

[101] Nel c.p.p. sardo del 1847 l'art. 624 (lb. II, tit. IX *Dei modi di provvedersi contro le sentenze*, capo III *Della revisione*) fissava le condizioni per la revisione; la procedura da seguire in caso di morte del condannato; la nomina del curatore da parte del Magistrato di Cassazione; l'eventuale riabilitazione della memoria. A questa norma corrispondeva l'art. 675 del c.p.p. sardo 1859 (salvo il passaggio della competenza sulla riabilitazione dalla Cassazione alla Corte d'assise).

[102] M. Pescatore, *Sposizione*, cit. in nt. 1, II, pt. II, lb. I, sez. II, cap. I, p. 2: per motivi cronologici, l'A. si riferiva all'art. 675 del c.p.p. sardo del 1859.

[103] P. Cortese, *Relazione sul Codice di procedura penale*, in *Codice di procedura penale* (1865), ed. 1866 cit. in nt. 46, pp. XXIX-XXX. L'art. 692[4] (lb. II, tit. XI *Della cassazione e della revisione*, capo II *Della revisione*) introduceva nel c.p.p. 1865 la nuova causa di revisione (inconciliabilità tra due sentenze di condanna allorché uno dei condannati fosse morto) evocata dalla relazione del guardasigilli.

[104] V. Manzini, *Trattato di diritto penale* (1934), cit. in nt. 47, III, n. 605, p. 331 dissentiva dalla dottrina che ravvisava nell'art. 564 c.p.p. 1930 una "reviviscenza dell'azione penale": secondo il professore udinese, il procedimento di revisione – come avveniva in caso di morte del condannato – non avrebbe potuto condurre ad una sentenza di condanna ma solo a una dichiarazione di non colpevolezza. Ad avviso di G. Ziccone, *Morte del reo* (1977), cit. in nt. 53, p. 142, l'istanza morale alla radice della revisione rende l'interesse "proprio" dell'erede o congiunto non paragonabile a quello del sostituto o del rappresentante processuale. Nel c.p.p. 1989 "l'erede o un prossimo congiunto" d'un *condannato* deceduto sono legittimati a richiedere la revisione (art. 632); in caso di morte del condannato che abbia già presentato l'istanza di revisione la procedura prosegue per il tramite d'un curatore nominato

8. Conclusioni

Il percorso bisecolare qui sommariamente tracciato con precipuo riferimento al baricentro italiano è costellato di palesi permanenze e criptiche discontinuità. Il sogno post-illuministico d'un sistema processuale nel quale *iudicia suos teneant auctores* ha complessivamente resistito all'urto della modernità, concedendo, tutto sommato, deroghe marginali. I sistemi penali hanno saputo sterilizzare, dirottandole sul canale ora parallelo, ora convergente della tutela risarcitoria civile, le variegate istanze (positivistiche, socialiste, talora liberal-individualistiche) che reclamavano strumenti più penetranti di intervento della vittima o della pubblica amministrazione nel processo. Legislatori e interpreti hanno compresso ai minimi termini la responsabilità strettamente *penale* degli eredi. La dottrina ha dissuaso i congiunti dalla scriteriata tentazione di riaprire i fascicoli intestati ai cari estinti, ammonendoli che il miraggio della riabilitazione della memoria potrebbe rovesciarsi in irrimediabile beffa.

Le correzioni di rotta, meno eclatanti, hanno agito sui congegni tecnici, fissando requisiti, stabilendo preclusioni, spendendo sovente l'argomento dell'intangibilità di processi per i quali la possibilità del contraddittorio o dell'esecuzione fosse sfumata per sempre. Nella storia del sistema penale italiano spicca la *sostanzializzazione* della disciplina della morte del reo, deliberatamente programmata dai codici Rocco e riprodottasi nelle elaborazioni sistematiche dell'indirizzo tecnico-giuridico.

Tuttavia, per effetto d'una progressiva processualizzazione del penale sostanziale, della conclamata crisi della legalità formale, d'un sempre più influente correttivo giurisprudenziale[105], rimane affidato essenzialmente alla giurisdizione il difficile contemperamento tra gli interessi di familiari, eredi, parti lese e le attenzioni di un osservatorio oggi potenzialmente planetario. La sfida si presenta tanto più impegnativa in un'ora storica in cui la spasmodica ansia mediatica di verità minaccia di travolgere l'argine pudico del *mors omnia solvit* e di ridestare sotto inedite sembianze tecnologiche i fantasmi dei processi in effigie.

dal presidente di corte d'appello (art. 638); i congiunti del condannato deceduto possono presentare istanza per la riparazione dell'errore giudiziario (art. 644).

[105] I macro-fenomeni indicati nel testo sono ormai oggetto di fertile meditazione scientifica. A mero titolo esemplificativo ci si accontenta qui di segnalare sulla "processualizzazione del diritto penale" T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in "Indice Penale", N.S. II (1999), n. 2, pp. 540-541; sul depotenziamento della legge penale G. Pino, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in "Criminalia. Annuario di scienze penalistiche", 2014, pp. 167-183; su luci e ombre del crescente ruolo della giurisprudenza M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in "Diritto penale contemporaneo", 6 giugno 2016, pp. 1-37.

Historia et ius - ISSN 2279-7416
rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

Giovanni Chiodi

Legalità penale e punizione dei crimini contro l'umanità al processo di Norimberga: la visione di Giuliano Vassalli

SOMMARIO: 1. Giuliano Vassalli e il diritto penale internazionale al tempo di Norimberga - 2. Una prima conquista: la responsabilità penale individuale per violazione del diritto internazionale - 3. Crimini contro l'umanità - 4. L'interpretazione del principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege* - 5. Bilanci di Norimberga - 6. La definizione dei crimini contro l'umanità dopo Norimberga.

1. Giuliano Vassalli e il diritto penale internazionale al tempo di Norimberga

Diritto e giustizia: è questo il binomio che Giuliano Vassalli ha testimoniato in tutta la sua multiforme e operosa vita al servizio di questo ideale. Il personaggio non ha certo bisogno di presentazioni. Uomo di vasta cultura, di tratto elegante, severo ed esigente, ma anche generoso e disponibile, di forte carisma. Combattente della resistenza, esercitò la professione di avvocato che considerò una vocazione al pari della ricerca scientifica, che coltivò per tutta la vita, principalmente nel campo del diritto penale, di cui fu professore universitario (a Urbino, Pavia, Padova, Genova, Napoli e Roma). Giurista impegnato in parlamento e al governo, attivo non solo nelle istituzioni nazionali e come capace Ministro della giustizia, ma anche sui tavoli internazionali, il suo ritratto di giurista costituzionale, difensore della libertà, della democrazia e dei diritti umani si completa come giudice e presidente della Corte costituzionale. Vassalli, disse di lui Giovanni Conso, era capace di sintetizzare e dipanare i problemi più difficili[1]. Francesco Palazzo, che gli ha dedicato una stimolante biografia intellettuale, ne ha messo in luce le qualità, se non di rivoluzionario innovatore, di intelligente anticipatore[2]. Siamo in presenza, dunque, di un attivo e dotto propagatore di idee.

Lo scopo di questo contributo è delimitato: tracciare un breve bilancio di uno dei percorsi favoriti nella vita di Giuliano Vassalli, quello riguardante la nascita e lo sviluppo del diritto e della giustizia internazionale penale, prendendo in particolare considerazione le sue posizioni sul processo del secolo, quello svoltosi a Norimberga tra 1945 e 1946 davanti al Tribunale Militare Internazionale (IMT) costituito dalle potenze vincitrici; la città ferita che era stata simbolo del *Reich*, ora trasformata in un luogo di "pace attraverso il diritto", per parafrasare il titolo di un celebre libro di Kelsen[3].

Il processo di Norimberga e l'Accordo di Londra siglato nel 1945, base giuridica fondamentale del giudizio, suscitarono un grandissimo dibattito già tra i

[1] Intervento del Presidente emerito Prof. Giovanni Conso, in *Atti della giornata in ricordo del Presidente emerito della Corte Costituzionale Giuliano Vassalli*, Palazzo della Consulta, 16 giugno 2010, www.cortecostituzionale.it, p. 15.

[2] F. Palazzo, *Giuliano Vassalli: perché legge e giustizia penale non si separino*, in *Giuliano Vassalli*, a cura di F. Palazzo, Roma-Bari 2010, p. XIII.

[3] H. Kelsen, *Peace Through Law*, Chapel Hill 1944, repr. New Jersey 2002[2].

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

contemporanei: a stilare una lista degli interventi che si fermi solo agli anni Quaranta e Cinquanta si rimane impressionati dalla portata di una discussione alla quale parteciparono eminenti giuristi, che analizzarono e sviscerarono in ogni sua piega i profili del processo più significativo del secolo, proprio perché avvertito come dirompente e individuato da tutti, in maniera trasversale, come un momento di effettiva rottura rispetto al passato, anche da coloro i quali interpretarono Norimberga come un fondamentale atto di affermazione del diritto internazionale[4]. A questa discussione partecipò anche Giuliano Vassalli. Il suo apporto merita di essere valorizzato, anche alla luce delle altre voci che espressero la loro opinione sui princìpi di Norimberga. Anche perché nel contesto italiano la voce di Vassalli fu, ai tempi, abbastanza anomala, anche se non del tutto solitaria. Si trovava in maggiore consonanza di idee con una folla di giuristi stranieri più che con i più autorevoli colleghi italiani, tutti sempre trattati con il massimo rispetto. Mi è sembrato così opportuno insistere su questa pagina di storia giuridica e insieme di passione civile, perché ritengo che il nome di Vassalli meriti di essere ricordato tra i pionieri che alimentarono il discorso sulla giustizia internazionale penale fin dai suoi primi passi. E' giusto, cioè, che tra le prospettive dei contemporanei sia accolta anche quella di chi immediatamente realizzò la gravità e l'importanza dell'evento che l'Europa stava allora vivendo. Processare e punire i criminali di guerra era un modo di riaffermare il diritto, di ristabilire i "confini del diritto", di fermarsi a riflettere su quanto accaduto e a interrogarsi sulla risposta più adeguata alle conseguenze dell'immane tragedia che l'Europa aveva vissuto durante la seconda guerra mondiale. Innumerevoli vite erano state sacrificate in maniera disumana e perciò anche illegittima: perché quelle persone, quelle donne, quegli uomini avevano tutti già dei diritti, dati loro dall'ordine internazionale, che erano stati impunemente calpestati. Quale fu dunque, nella visione di Vassalli, il vero messaggio di Norimberga: quali le debolezze e quali i suoi punti di forza?

Possiamo individuare, in questo itinerario che accompagnò l'intera vita del professore, alcune direttrici. Una prima linea comprende la percezione delle novità: l'emersione di una nuova categoria di crimine internazionale, l'avvio di un discorso individuato nell'Accordo di Londra del 1945 e nell'annesso Statuto. Un altro elemento di novità prontamente messo in evidenza: processare e punire sulla base del diritto internazionale, coincidente con una svolta storica più generale, il riconoscimento dell'esistenza del diritto internazionale penale. Non solo una categoria specifica, dunque, ma un intero ramo del diritto. Una seconda linea di indagine concerne il bilancio di Norimberga: un quadro nel quale prevalgono le luci sulle ombre, i lati positivi sulle manchevolezze. Una terza linea è il dopo Norimberga: il contributo alla definizione della categoria dei crimini contro l'umanità e più in generale alla giustizia

[4] Numerosi studi dell'epoca sono ora riprodotti nel pregevole volume *Perspectives in the Nuremberg Trial*, ed. by Guénaël Mettraux, New York 2008. Il libro contiene, tra gli altri, interventi mirati di N. Birkett, S. Glaser, A. L. Goodhart, S. Glueck, H. Kelsen, H. Donnedieu de Vabres, G. Schwarzenberger, E. Schwelb, Q. Wright. Per Hans Kelsen, il lettore deve ampliare l'orizzonte e riferirsi quanto meno ai saggi *Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals*, in "California Law Review", XXXI (1942-1943), pp. 530-571, e *Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, in "The International Law Quarterly", I (1947), pp. 153-171, trad. ital. *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale*, in "Nuovi studi politici", XIX (1989), pp. 99-115.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

internazionale penale. Una quarta linea riguarda il segmento che copre gli ultimi venti anni della riflessione di Vassalli, che sono significativamente ancora occupati dalla giustizia internazionale penale per tutti gli anni Novanta e Duemila, con un apice dopo il 1998, anno dello statuto di Roma, e dopo il 2001, anno dell'inizio del funzionamento della Corte penale internazionale permanente. Questa fase del pensiero di Vassalli è rappresentata dagli importanti lavori sulla giustizia internazionale penale ripubblicati nel 1995 nell'apposita collana diretta da Mario Pisani, che contengono cinque studi usciti tra 1990 e 1995. Si trovano poi altre riflessioni e testimonianze negli *Ultimi scritti* del 2007.

Durante queste fasi, il pensiero di Vassalli è di una spiccata coerenza.

Difensore fin dal primo momento della legittimità del processo di Norimberga, della necessità di processare i criminali di guerra in ambito internazionale, dell'ammissibilità della responsabilità individuale nell'ambito internazionale, dell'idea che i crimini contro l'umanità fossero una categoria di diritto internazionale positivo già esistente e già nata, e non il diritto nuovo del più forte; sostenitore della necessità di costruire con precisione le categorie dei crimini internazionali nel successivo sviluppo del diritto dopo Norimberga, rispettando il principio di tassatività; interprete acuto degli atti processuali di Norimberga come precedente guida per questa operazione. Sono tutte necessità che si collegano con altri aspetti del suo pensiero in materia di legalità, di fonti del diritto, di perfezionamento della tutela dei diritti umani, che sono determinanti della sua personalità.

Anche in questa materia, infatti, Vassalli svolse un ruolo decisivo e propulsivo, giocando su sponde diverse. Prima di tutto sul piano dottrinale, con la sua opera infaticabile di riflessione positiva e non negativa sullo sviluppo del diritto penale internazionale, che si estende lungo un arco di tempo lunghissimo, a partire dal 1945. Poi anche sul versante legislativo, perché egli fece parte della conferenza internazionale di Bruxelles del 1947, di cui ha lasciato, come pregevole resoconto, uno scritto minuzioso attestante le difficoltà del lavoro di conciliazione necessario per addivenire alla formulazione della nuova categoria di crimini contro l'umanità dopo Norimberga. Infine, l'impegno per la giustizia internazionale penale, tradotto nell'attenzione costante per l'attività della nuova corte penale internazionale regolata dallo statuto di Roma del 1998, nella piena consapevolezza dell'importanza che la creazione di una nuova corte penale internazionale rappresentava per l'effettività del diritto internazionale penale.

Si tratta, quindi, di un crocevia, nel quale si incontrano tanti temi intrecciati tra loro. La centralità dello spazio dei diritti umani nella riflessione di Vassalli è un polo al quale è possibile ricondurre tutta la sua produzione di penalista civile. Pensiamo anche al suo ultimo libro, uscito nel 2001, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista* (sui delitti di Stato nella DDR dal 1949 al 1990), che si inserisce perfettamente in questo quadro e nel quale ritroviamo alcuni motivi fondamentali della sua riflessione sui diritti umani. Questo vasto studio nasce infatti, è lui stesso che lo confessa nel 2002, dalla "grande e acuta curiosità che meritava", "tanto più che mentre la disputa era in Germania accesa e nutrita, gli altri paesi sembravano quasi non conoscerla e comunque non se ne dimostravano interessati[5]".

[5] G. Vassalli, *La formula di Radbruch*, in "Diritto romano attuale", 2002, pp. 89-93 e in Id., *Ultimi scritti*,

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

Dato il numero dei contributi, il metodo migliore da adottare in questa occasione è quello di soffermarsi preliminarmente sulla cronologia degli interventi e sui loro motivi ispiratori.

Nel primo periodo della sua lunga attività scientifica (un vero e proprio apostolato, per i temi che ci riguardano) si inizia con il saggio pubblicato sulla rivista *Idea* nell'ottobre 1945, intitolato *La punizione dei criminali di guerra*, dove già compare la discussione intorno ad un importante e pionieristico libro di Pietro Nuvolone[6], che assumerà un rilievo più centrale nella importante prolusione del 31 gennaio 1946, tenuta all'Università di Genova (dove era stato chiamato a coprire la cattedra di Diritto penale), dal titolo *I delitti contro l'umanità e il problema giuridico della loro punizione*.

Terzo saggio da considerare è *Bilancio di Norimberga*, pubblicato nella rivista *Mondo europeo* nel luglio-agosto del 1946: ancor prima che il processo terminasse, quindi.

Nel 1947 Vassalli pubblica inoltre in *Giustizia penale* un articolato resoconto della prima attività legislativa, un denso saggio intitolato *La definizione dei delitti contro l'umanità nell'8 Conferenza internazionale dell'Ufficio internazionale per l'unificazione del diritto penale (Bruxelles, 9-12 luglio 1947)*. Si possono citare ulteriormente la nota alla sentenza del Tribunale militare territoriale di Roma del 1947 e la voce sui crimini di guerra nell'*Enciclopedia italiana* del 1948.

Che il tema dei diritti dell'uomo fosse al centro dei suoi pensieri di penalista lo dimostra anche un altro scritto edito in *Giustizia penale* del 1950: *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale*.

A chiusura di questa prima fase di riflessioni si pone un altro articolo pubblicato in *Giustizia penale* nel 1951, *In tema di diritto internazionale penale*, dove sono svolte osservazioni critiche su alcune pubblicazioni italiane, in particolare di Rolando Quadri[7] e di Carlo Miglioli[8]. In sostanza, i contributi più importanti apparsi nella letteratura italiana in quel periodo.

Sono scritti che si devono conoscere per tracciare la storia del progresso dei diritti umani. La cifra propositiva di Vassalli, infatti, si contrappone nettamente già nel 1945 a quella di altri studiosi, nel sostenere la svolta del diritto internazionale. Si può anzi affermare che, in quel periodo, Giuliano Vassalli fu il giurista italiano che sostenne con maggiore energia la causa della giustizia penale internazionale.

Nel 1997, Vassalli, sempre attento a non dimenticare il contributo dei giuristi, ricorderà anche gli scritti di Giuseppe Vedovato, che si era occupato pure lui, in termini differenti da Vassalli, della punizione dei crimini di guerra, in uno studio del

Milano 2007, pp. 655-659 8p. 655). Gli argomenti trattati nel libro sono ripresi e sviluppati nello scritto *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte europea*, in "I diritti dell'uomo", n. 1 , 2001, pp. 5 ss. e in Id., *Ultimi scritti*, Milano 2007, pp. 467-476.

[6] P. Nuvolone, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Roma 1945, recensito da G. Vassalli, *La punizione dei criminali di guerra*, in "Idea", 1945, I, pp. 23-26 e in Id., *Scritti giuridici*, v. II, *La parte speciale del diritto penale. Il diritto penale del tempo di guerra*, Milano 1997, pp. 673-686.

[7] R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo 1949. Sulle riviste erano comparsi altri lavori, come quelli in *La civiltà cattolica*, poi raccolti in un volume, di S. Lener, *Crimini di guerra e delitti contro l'umanità. Lineamenti di dottrina e spunti ciritic, Roma 1946*o 1946, e il saggio di D. Peretti Griva, *A proposito del processo di Norimberga*, in "Il foro padano", I (1946), II, pp. 183-196.

[8] C. Miglioli, *La sanzione nel diritto internazionale. Problemi e lineamenti di giustizia superstatuale*, Milano 1951.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

1945[9].

La vicenda intellettuale che lo ha visto protagonista è stata poi ripercorsa dallo stesso Autore con la consueta lucidità in due scritti che possono considerarsi una sorta di interpretazione autentica del suo discorso. Mi riferisco al saggio *I crimini contro l'umanità: problemi giuridici*, pubblicato nella raccolta di P. Kuciukian, *Voci nel deserto. Giusti e testimoni per gli armeni* (2000) e *Norimberga sessant'anni dopo*, del 2006. Ma testimonianze preziose su questa storia sono contenute anche nell'intervento al sessantesimo anniversario della Società italiana per l'organizzazione internazionale (2004) e in *Verso una giustizia penale internazionale* (2004).

Il Vassalli anziano, ma più che mai produttivo, che dedica la sua stagione matura alla ripresa dei temi già trattati in giovinezza, è uno straordinario testimone del tempo. Come scriverà nel 1995,

> la generazione alla quale appartengo, passando attraverso il turbine della seconda guerra mondiale, si è trovata a confrontarsi con una realtà devastante (e almeno sino a quei limiti) inimmaginabile: i crimini contro l'umanità e la loro pianificazione. ... Conoscevamo, sin dai libri di scuola, l'orrore delle guerre più antiche ... Ma quei ricordi e quelle immaginazioni rimanevano come confinati nelle meditazioni di un passato barbarico ... La seconda guerra mondiale ci pose, in Europa come in Asia, a contatto diretto con fatti di proporzioni e di atrocità inaudite. Per quanto si fosse potuto immaginare, supporre o intuire, le scoperte agghiaccianti del 1945 superarono ogni immaginazione e dettero la riprova di quanto fosse stato preveggente l'atteggiamento delle parti (che poi uscirono vittoriose dall'immane conflitto) quando avevano sancito la necessità di punire gli autori di quei disumani massacri e avevano stipulato i necessari accordi in vista della realizzazione di quel fine[10]". "Allora molti di noi sentirono che si doveva uscire allo scoperto e trovare un fondamento giuridico a quella esigenza di punizione che era anche una esigenza di prevenzione di mali analoghi per il futuro[11].

2. Una prima conquista: la responsabilità penale individuale per violazione del diritto internazionale

Vassalli fu un convinto fautore della responsabilità penale *individuale* per violazione del diritto internazionale e un sostenitore della necessità di punire i singoli colpevoli della perpetrazione di crimini contro l'umanità. L'idea, allora, non era così scontata, soprattutto in Italia.

Partiamo dalla prolusione genovese del 31 gennaio 1946. Il processo di Norimberga (20 novembre 1945-1° ottobre 1946) era appena iniziato. Lo scritto è impegnativo, ma anche coraggioso: coniuga conoscenza precisa del diritto positivo e spessore storico, è sempre brillante per la chiarezza dell'esposizione e l'ordine con cui vengono trattati i numerosi problemi. Uno scritto propositivo, un manifesto di cui si avverte ancora oggi il fascino. Il fascino che hanno le voci pionieristiche e solitarie, che nascono da una passione. Un lavoro, tuttavia, condotto con grandissimo rigore: meticoloso e tutt'altro che dettato dall'impronta del momento. Percepiamo nel

[9] G. Vedovato, *La punizione dei crimini di guerra*, in "Rivista di studi politici internazionali", XII (1945), pp. 141-178.

[10] G. Vassalli, *Introduzione* a Id., *La giustizia penale internazionale. Studi*, Milano 1995, p. 1.

[11] G. Vassalli, *I crimini contro l'umanità: problemi giuridici*, in P. Kuciukian, *Voci nel deserto. Giusti e testimoni per gli armeni*, Milano 2000, pp. 213 ss. e in Id., *Ultimi scritti*, Milano 2007, pp. 453-466, p. 457.

giovane professore appena trentenne la capacità di cogliere l'eccezionalità del tempo e di prendere posizione a favore della responsabilità penale individuale per violazione del diritto internazionale e a sostegno del diritto penale internazionale scritto dalle potenze firmatarie dell'Accordo di Londra. Due tesi, in Italia, non da tutti condivise. Il problema, nei suoi riflessi giuridici, era quasi minimizzato. Come ricordato a più riprese dallo stesso Vassalli, gli internazionalisti italiani tenevano nel panorama europeo una posizione piuttosto scettica non solo sulla configurabilità di un diritto internazionale diretto anche ai singoli individui, oltre che agli Stati, ma anche sulle possibilità di sviluppo del diritto e della giustizia penale internazionale.

Da questa posizione di apertura nei confronti della responsabilità individuale per violazione dei princìpi di umanità *interni* al diritto internazionale discende l'ammissibilità della punizione dei colpevoli di crimini contro l'umanità. Tale punizione, sottolinea Vassalli, "non basta né potrà mai bastare a risolvere un problema immane come quello dei crimini contro l'umanità". Ma questo non significa che la società internazionale possa rinunciare a soddisfare l'esigenza retributiva e intimidativa. Vassalli concorda con Robert Jackson, il capo degli accusatori americani del processo di Norimberga: le colpe non possono essere ignorate, perché la civiltà medesima non potrebbe sopravvivere qualora esse fossero ripetute. E rammenta che già Churchill nel 1942 aveva espresso analogo auspicio di un processo che fosse luogo di memoria collettiva e di "indelebile monito … dato alle età future"[12].

A chi obiettava che l'IMT era l'emblema della giustizia dei vincitori contro i vinti ed era quindi un tribunale carente sotto il profilo dell'imparzialità e depositario di una giustizia politica più che custode del diritto e rispettoso dei criteri di legalità penale e di *fairness*, Vassalli replica nel 1951, opponendosi in particolare alla visione di Carlo Miglioli, che "ogni diritto penale repressivo, in ultima analisi, è il diritto del vincitore contro il vinto" e non per questo è opportuno rinunciare alla punizione[13]. Per il suo contraddittore viceversa lo *ius puniendi* era destinato ad appartenere per il momento solo allo Stato, anche se in un futuro avrebbe potrebbe essere esteso a una potestà punitiva internazionale. Anche per questo Autore, inoltre, non era concepibile che il diritto internazionale vietasse determinate azioni anche agli individui. Vassalli era, come si è detto, di opinione nettamente opposta. Non si nascondeva i limiti del processo di Norimberga, ma ne difendeva il fondamento e il sicuro ancoraggio nel diritto internazionale: "è nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario e convenzionale, che tali processi si sono svolti e si svolgono; è ai principi di civiltà e di umanità propri del diritto internazionale che i giudici di quei processi si richiamano[14]". Difendeva anche la natura internazionale della Carta di Londra: un vero e proprio accordo internazionale stipulato tra quattro potenze per esercitare in comune un potere giurisdizionale.

Anche Vassalli beninteso auspicava il *traguardo* di una giustizia internazionale completa e perfetta, ma egli era ampiamente disposto anche a sostenere e a giustificare le *tappe*, cioè i passi avviati in questa direzione a quel tempo, anche se non esenti da

[12] G. Vassalli, *I delitti contro l'umanità e il problema giuridico della loro punizione* [Prolusione Genova, 31 gennaio 1946], in Id., *La giustizia penale internazionale*, cit., pp. 9-60 (p. 34).

[13] G. Vassalli, *In tema di «diritto internazionale penale»*, in "Giust. pen.", 1951, I, pp. 257 ss. e in Id., *La giustizia penale internazionale*, cit., pp. 99-113 (p. 108).

[14] Ivi, p. 107.

carenze. Non occorreva attendere parlamenti e leggi mondiali per punire con una giurisdizione penale internazionale i crimini contro l'umanità: il suo realismo gli consigliava di non vagheggiare "la possibilità di realizzare nobilissimi ma forse troppo ambiziosi disegni"[15]. Anche nella prolusione del 1995 tornerà ad insistere sulla funzione preventiva della punizione: "Da questa intollerabilità (per la coscienza universale) la necessità di una loro punizione. Una necessità che ... si riferisca alla esigenza di prevenzione generale, nel senso di cercar di impedire, attraverso l'esempio del processo ed eventualmente della punizione, che questi fatti si ripetano nel futuro con la speranza della più assoluta impunità", come aveva sostenuto il procuratore generale Jackson a Norimberga[16].

Contro la tesi sostenuta da un altro interlocutore di quella prima stagione, Giuseppe Vedovato, affermò inoltre che la repressione dei crimini contro l'umanità, per non riuscire vana, non doveva essere rimessa alla sola valutazione degli Stati nel cui territorio erano stati commessi. I crimini contro l'umanità dovevano essere puniti da una corte di giustizia internazionale. L'unica sanzione adeguata poteva essere rinvenuta nell'ordinamento giuridico internazionale. Solo in questo modo il diritto internazionale poteva affermarsi come limite al diritto penale interno ai singoli Stati.

Anche nel 1995 Vassalli riconobbe che l'idea di una "repressione che avviene - o dovrebbe avvenire - ad opera di tribunali internazionali ... è stata la grande svolta, credo ormai irreversibile, di Norimberga, la grande novità di questo secolo per tanti altri versi sfortunato: l'affermazione del *primato* del diritto internazionale anche sulle azioni individuali[17]".

Ancora nel 1997 egli rievocò la posizione tradizionale e unilaterale degli internazionalisti italiani, per i quali il diritto internazionale bellico non aveva natura penale, era esclusivamente diritto dei rapporti tra gli Stati e non prevedeva la responsabilità penale personale degli individui nei confronti del diritto internazionale.

Nel 2004, alla Conferenza di celebrazione del 60° anniversario della SIOI (Società italiana per l'organizzazione internazionale) fornì un'ulteriore testimonianza di questa chiusura, riferita ad un altro internazionalista di spicco, come Roberto Ago. Ricordò come un giorno il professore gli fece visita mentre preparava la prolusione genovese e gli disse che il tribunale di Norimberga non rappresentava una corte internazionale e che l'unica ragione per la quale si poteva dargli questa qualifica era il fatto che fosse stato costituito da quattro potenze vincitrici: "Egli era sulla scia dei grandi internazionalisti dell'epoca, che negavano serie prospettive a un diritto internazionale penale... che si rivolgesse addirittura ai singoli[18]".

La formazione del diritto internazionale penale attraeva Vassalli anche perché era manifestazione del superamento del dogma della statualità del diritto e rappresentava un ritorno al diritto naturale nella sfera giuridica penale. Compito del giurista era di uscire dal rigido ossequio alla legge scritta: nel bilancio di Norimberga del 1946 si

[15] Ivi, p. 111.

[16] G. Vassalli, *Verso una giustizia penale internazionale*, in *I diritti dell'uomo-Cronache e battaglie*, VIII, 1997, pp. 11 ss. e in Id., *Ultimi scritti*, Milano 2007, pp. 383-392, p. 386.

[17] Ivi, p. 388.

[18] G. Vassalli, *Nel sessantesimo anniversario della Società italiana per l'organizzazione internazionale*, in "La Comunità Internazionale", LIX, 4, 2004, pp. 626 ss. e in Id., *Ultimi scritti*, Milano 2007, pp. 685-692 (p. 688).

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

trova l'attestazione più importante di questo fenomeno storico imponente, che doveva essere assecondato dai giuristi. Come affermò nel 1951, "la dottrina ha il dovere di aiutare ... la determinazione e la precisazione dei presupposti essenziali della rilevanza internazionale dei reati in discorso[19]". Certo, c'era da fare i conti con la preoccupante e non eludibile crisi di effettività del diritto internazionale, sottolineata soprattutto negli scritti degli anni '90 e 2000. Ma restava l'importanza della punizione (e forse della semplice condanna, come disse nel 2000). Bisognava sperare che la memoria e le condanne aiutassero, senza vendetta, alla conservazione della memoria sull'oblio.

3. Crimini contro l'umanità

Il fondamento giuridico della punizione dei crimini contro l'umanità si trova nell'art. 6 dello Statuto annesso all'Accordo di Londra del 1945, che enumera tre categorie di crimini riconducibili a quel genere: crimini contro la pace, crimini di guerra e crimini contro l'umanità in senso stretto (oppressione politica religiosa o razziale), menzionati per la precisione dall'art. 6 lett. c), dove sono elencati gli eccidi, gli sterminii, gli assoggettamenti contro una popolazione civile, le persecuzioni per motivi politici o religiosi, in esecuzione o in connessione con uno dei crimini rientranti nella giurisdizione del tribunale (secondo la significativa e controversa limitazione escogitata dagli estensori per superare le strette del principio di legalità). Vassalli riteneva legittimo parlare, aderendo all'impostazione degli studiosi che stavano approfondendo il tema, di crimini contro l'umanità in senso lato, poiché tutte e tre le figure potevano ritenersi espressione di un "denominatore comune" che era la "nozione di umanità". I tre crimini erano stati separatamente individuati nello Statuto poiché essi si ponevano in diverso rapporto con il diritto internazionale *vigente*. Mentre il divieto della guerra d'aggressione e dei crimini di guerra, dal suo punto di vista, trovava la sua base in numerose norme internazionali, non poteva dirsi lo stesso per i crimini contro l'umanità in senso stretto. Si trattava di una categoria che non aveva molti precedenti: tutt'al più si potevano ricordare la pirateria, la tratta degli schiavi, la tratta delle donne e dei minori, la schiavitù. Nulla a che vedere con gli orrori della seconda guerra mondiale.

Come contributo alla sua configurazione, Vassalli costruisce una categoria connessa ma al tempo stesso autonoma rispetto ad altri titoli di reato previsti dai diritti penali interni di ogni Stato: "ogni delitto contro l'umanità è, e al tempo stesso non è, un delitto contro la persona o contro le leggi della guerra". Sono le proporzioni, le modalità di esecuzione, le dimensioni del danno, l'atrocità e la pericolosità, la diffusione a fare la differenza.

Anche per queste ragioni tali crimini esigevano una risposta diversa e più ampia di quella statale: una punizione a livello internazionale e non meramente nazionale, proprio perché interessano l'intera comunità umana e non solo una sua parte.

Quanto al fondamento giuridico della loro punizione, secondo Vassalli essa si trova nel diritto internazionale e non tanto nel diritto umano invocato da un altro pioniere della discussione sui crimini di guerra in Italia, come Pietro Nuvolone. Il diritto umano è troppo vicino al diritto naturale per poter essere considerato positivo. I princìpi di umanità invece sono vere e proprie norme di diritto internazionale.

[19] G. Vassalli, *In tema di diritto internazionale penale*, cit., p. 111.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

Vassalli si inserisce quindi a pieno titolo tra i giuristi soprattutto non italiani tesi a "riconoscere l'esistenza di un siffatto diritto e a perseguirne l'ulteriore progresso nella legislazione e negli accordi fra le nazioni"[20]. Decisa è, su questo punto, la critica a Rolando Quadri, non tanto per la denuncia dei difetti riscontrabili nei primi passi della giustizia penale internazionale, quanto per l'atteggiamento negativo dimostrato dal grande internazionalista, cioè la sua "sfiducia aprioristica verso un diritto internazionale penale"[21].

4. L'interpretazione del principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

Qualunque osservatore, qualunque esperto di diritto, al cospetto del processo di Norimberga, dovette interrogarsi sul significato che il principio di legalità penale, classico baluardo e garanzia di libertà[22], aveva assunto o poteva assumere in ambito internazionale. Dal 1945 in poi, di conseguenza, questo divenne il tema più discusso tra i giuristi, generando un dibattito ancora non sopito e aperto alle più svariate posizioni. Ha sicuramente ragione Cherif Bassiouni, quando ritiene che la soluzione al grave problema dipende dall'approccio culturale di ogni interprete e quindi non è destinato a sfociare in una posizione unanimemente condivisa[23]. Il dibattito a più voci coinvolse giuristi di rango internazionale, britannici, americani, tedeschi, francesi, italiani, russi (senza voler fare un elenco esaustivo) in un contrappunto che costituisce ancora oggi la testimonianza rilevante di un gigantesco fenomeno di presa d'atto di una svolta. Si schierarono, naturalmente, anche taluni dei protagonisti del processo di Norimberga: tra i nomi di coloro che diedero vita al dibattito di quegli anni vi sono infatti anche alcuni giudici del processo, come Francis Biddle[24] e Henri Donnedieu de Vabres[25].

La giustizia internazionale penale, scrive Vassalli nel 1997, ricordando il menzionato studio di Vedovato, non è una giustizia politica né una forma di repressione contro il nemico[26]. È errato sostenere che, punendo i crimini contro l'umanità, si applichi retroattivamente la legge del vincitore e che nasca da quel

[20] Ivi, p. 99.

[21] Ivi, p. 103.

[22] Benché diversamente inteso nei vari sistemi giuridici: G. Vassalli, *"Nullum crimen sine lege"*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1939, pp. 1173-1177; Id., *"Nullum crimen sine lege"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, *Appendice*, V (1986), pp. 292-304.

[23] M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge 2011, pp. 307-317.

[24] F. Biddle, *The Nürnberg Trial*, in *Perspectives in the Nuremberg Trial*, ed. by Guénaël Mettraux, New York 2008, pp. 200-212. Sui giudici di Norimberga da ultimo: W. Maley, *The Atmospherics of the Nuremberg Trials*, in *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?*, ed. by David A. Blumenthal - Timothy L.H. McCormack, Leiden-Boston 2008, pp. 3-11.

[25] H. Donnedieu de Vabres, *Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines*, in "Revue de droit pénal et de criminologie", 27 (1946-1947), pp. 813-833; Id., *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 70, Leiden-Boston 1947, pp. 479-579.

[26] G. Vassalli, *Quale giustizia nei confronti dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità e la pace?*, in *Relazioni internazionali. Scritti in onore di Giuseppe Vedovato*, I: *Testimonianze*, Firenze 1997 e in Id., *Ultimi scritti*, Milano 2007, pp. 393-398 (p. 394).

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

momento il diritto penale positivo applicabile ai rei. Vassalli ricorda come gli accusatori, soprattutto americani e britannici (ma anche sovietici) del processo di Norimberga si siano preoccupati di sottolineare spesso il ripudio del criterio della legge retroattiva o del diritto nuovo. La base giuridica della punizione, positiva e giusta insieme, si trova infatti nel diritto internazionale. Un diritto già nato e non *in fieri*. Questa considerazione vale per tutti i crimini contro l'umanità, anche se in misura diversa.

Secondo Vassalli in tutti e tre i casi è possibile riscontrare, come ha fatto il tribunale, la violazione di una o più norme internazionali *preesistenti*. Il discorso vale per i crimini contro la pace (guerra di aggressione), per i crimini di guerra, ma anche per i crimini di oppressione politica, religiosa e razziale, che rappresentavano la categoria per certi aspetti più nuova (dal punto di vista formale). La violazione del diritto internazionale costituisce un illecito penale che ha come conseguenza l'applicazione di una sanzione da parte di una corte internazionale.

Non importa, insegna Vassalli, se nel diritto internazionale si trova solo il *precetto* violato, mentre non si rinviene la *norma* incriminatrice in senso stretto e non si trova la relativa *sanzione*. La mancanza di una norma incriminatrice e di una sanzione penale non impediscono agli Stati di punire i trasgressori dei precetti internazionali e di affermarne la responsabilità penale alla luce del diritto penale interno, interpretato in conformità al diritto internazionale[27].

In un altro intervento del 1951 egli scriverà chiaramente:

> è doveroso riconoscere che nelle norme del diritto internazionale, al quale ci si richiama, non si rinvengono né le incriminazioni né le pene né le regole di procedura. Ma questo non basta ancora per definire i processi sinora intervenuti come illegittimi alla stregua del diritto internazionale[28]": "negare l'esistenza di un diritto internazionale penale, nel senso del complesso di norme contenenti incriminazioni, sanzioni, regole di procedura ecc. nei confronti di fatti illeciti commessi da individui o da stati, non significa automaticamente negare la esistenza di una potestà punitiva di uno o più Stati nei confronti di quei medesimi fatti[29].

Nel caso in cui il diritto nazionale non punisca il fatto come reato, potrebbe porsi un problema di contrasto con il principio di irretroattività della legge penale: in realtà, secondo Vassalli "quando il diritto internazionale toglie a certe situazioni il carattere discriminante che un ordinamento interno riconosceva e garantiva, il principio di retroattività della legge penale è solo formalmente violato[30]". Esso è violato solo nella forma, ma non nella sostanza, come dicevano anche altri contemporanei, e soprattutto è salva la sua funzione, non essendo riscontrabile alcuna forma di affidamento nella liceità della condotta realizzata, sulla base di una serie inoppugnabile di testimonianze e di documenti, dai quali risultava che gli accusati avevano piena coscienza della criminosità delle loro azioni[31]. Uno degli imputati, Alfred Rosenberg, ad esempio, nel

[27] G. Vassalli, *I delitti contro l'umanità*, cit., pp. 53-54.

[28] G. Vassalli, *In tema di diritto internazionale penale*, p. 107.

[29] Ivi, p. 108.

[30] G. Vassalli, *I delitti contro l'umanità*, cit., p. 57.

[31] Da ultimo sulla posizione di G. Vassalli: G. De Francesco, *Giustizia penale e diritti fondamentali nel pensiero di Giuliano Vassalli*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 40 (2011), *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, t. II, pp. 1099-1108.

1944 aveva dichiarato espressamente che se gli alleati avessero saputo che uccidevano in massa donne e bambini nelle camere a gas, nessuno avrebbe potuto sottrarsi alla forca.

Quello che conta veramente, dunque, è che esista il *precetto* di diritto internazionale violato dallo Stato e dai suoi dirigenti, e che di tale violazione vi sia stata coscienza da parte degli autori, come provato dai documenti e dalle testimonianze esibite al processo. Da questo punto di vista, Vassalli, collocandosi nella schiera dei numerosi giuristi contemporanei che ritenevano legittimo il processo di Norimberga, in quanto non contrastante con i dettami del principio *nullum crimen sine lege*, compie alcune interessanti osservazioni al proposito. Come è noto, il problema va affrontato per ciascuna delle categorie di crimini previste dallo Statuto del Tribunale Militare Internazionale. Servendosi anche degli atti del processo, Vassalli accede all'idea che l'Accordo di Londra abbia messo per iscritto il diritto internazionale preesistente. E' indispensabile seguire il filo dei ragionamenti vassalliani per ciascuna tipologia di delitto contemplato dallo Statuto, norma vincolante per i giudici dell'IMT.

I crimini di guerra erano indubitabilmente previsti dal diritto internazionale e dai codici militari di tutti i paesi civili[32].

Per Vassalli, invece, la punizione dei crimini contro la pace a Norimberga poneva effettivamente un problema di contrasto con il principio di non retroattività delle norme penali incriminatrici nella misura in cui lo Statuto estendeva la punizione agli individui[33]. Il problema della retroattività, così impostato, gli sembrava tuttavia superabile: "da un punto di vista razionale" e "naturale" non era illogico che di queste azioni rispondessero anche i capi e dirigenti politici e militari; e dal punto di vista pragmatico (o utilitaristico, per usare un termine corrente tra i giuristi anglosassoni e americani) era anzi opportuno che tali azioni venissero punite per evitare che nel futuro ogni incriminazione risultasse vana[34], come avrebbe ripetuto esattamente sessant'anni dopo: "una reazione della civiltà offesa da oltre dieci aggressioni perpetrate negli anni tra il 1938 e il 19141 dalla Germania nazista, una rivolta dei popoli dei paesi vittime di aggressione e di invasione nei confronti degli uomini che quelle aggressioni avevano pianificato e realizzato[35]".

Nel bilancio di Norimberga scritto nel 2006 Vassalli conferma la sua visione e afferma che "il punire individui sulla base del diritto internazionale richiamandosi alle norme del diritto internazionale convenzionale o consuetudinario, dirette tradizionalmente agli Stati, fu una grossa novità. Ma fu ad un tempo stesso un modo di rendere effettivi quei precetti e quelle sanzioni. Fu la svolta storica del diritto

[32] G. Vassalli, *Norimberga sessant'anni dopo*, in *Studi in onore di Vincenzo Caianiello*, Napoli 2008, 787-803 e in Id., *Ultimi scritti*, Milano 2007, pp. 495-512 (p. 503).

[33] G. Vassalli, *Bilancio di Norimberga*, in *Mondo europeo*, II, n. 47, 1946, pp. 56 ss., e in Id., *Scritti giuridici*, v. II, *La parte speciale del diritto penale. Il diritto penale del tempo di guerra*, Milano 1997, pp. 679-686 (p. 684); Id., *Norimberga sessant'anni dopo*, cit., p. 503.

[34] G. Vassalli, *Bilancio di Norimberga*, cit., p. 684.

[35] G. Vassalli, *Norimberga sessant'anni dopo*, cit., p. 503. Il documento più rilevante proveniente dal fronte dei detrattori intorno al problema della punizione dei crimini di aggressione è la difesa di C. Schmitt, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffs-krieges und der Grundsatz 'Nullum crimen, nulla poena sine lege'*, Berlin 1994, trad. ital. *La guerra d'aggressione come crimine internazionale*, a cura di C. Galli, Bologna 2015.

internazionale nel ventesimo secolo[36]".

E veniamo ai crimini contro l'umanità in senso stretto. Nel 2000, parlando del genocidio degli armeni, Vassalli ricorda che la categoria dei delitti contro l'umanità nacque proprio in relazione ai massacri e alle deportazioni degli armeni nell'Impero ottomano. Fu in particolare il Trattato di Sèvres con la Turchia (1920) a menzionare i crimini contro la umanità. Nel 1945 Robert Jackson si ricordò di quel precedente e propose al presidente Truman la formula dei crimini contro l'umanità: "da qui il legame veramente incontestabile tra i delitti contro l'umanità e il genocidio degli armeni[37]". La punizione di questi crimini da parte dell'IMT non determina per Vassalli, al contrario di altri studiosi, una violazione del principio di irretroattività, a causa della necessità di una connessione con i crimini di guerra, prevista espressamente dallo Statuto e osservata puntigliosamente dall'IMT.

5. Bilanci di Norimberga

I bilanci vassalliani di Norimberga sono propriamente due: uno nel 1946 e uno nel 2006.

Sono diversi i momenti storici in cui cade il ricordo. Nel 1946 si trattava di redigere a caldo un bilancio su fatti appena successi. Nel 2006 "la polemica", scrive, "è ogni giorno più limitata, anche se forse non destinata a placarsi mai". Prevale il riconoscimento che quel processo "fu un segno dell'avanzare del diritto e della sua effettività che ha lasciato frutti assai più positivi che negativi per il progresso umano e civile[38]".

Già nel 1946 il giudizio sul processo più importante della storia è positivo, anche se non privo di accenti critici. Della valutazione positiva fanno fede le seguenti parole:

> Chi scrive ... è convinto sostenitore della legittimità dell'odierno giudizio in tutta la sua portata e riconosce che esso non solamente rappresenta una delle costruzioni giuridiche meno eccepibili e comunque più degne di seria attenzione da parte d'ogni studioso, ma sta anche a simboleggiare la rivolta dello spirito umano contro l'insufficienza del formalismo giuridico, la riaffermazione dei valori umani del diritto, la riduzione del diritto stesso alla sua verace funzione di strumento di progresso e di bene per l'intero genere umano[39].

La parte critica non è priva di severità. Vassalli, che pure è un sostenitore del processo, ritiene però che esso abbia fallito il suo scopo educativo. Il maggiore errore tattico compiuto dai pur abili autori dell'Accordo di Londra è stato di aver considerato oggetto di punizione non solo i crimini contro l'umanità, ma anche i crimini contro la pace e i crimini di guerra. Norimberga ha assunto le dimensioni di un luogo teatrale, al cui interno fare propaganda. Il vero obiettivo avrebbe dovuto essere più limitato di quello perseguito: "affermare... che v'è un diritto umano, comune a tutti i popoli civili, il quale, pur nelle asprezze della guerra, costituisce una barriera insormontabile, al di là della quale v'è il delitto, il delitto di tutti i tempi e di tutte le lingue, il delitto contro lo

[36] G. Vassalli, *Norimberga sessant'anni dopo*, cit., p. 503.

[37] G. Vassalli, *I crimini contro l'umanità*, cit., p. 462.

[38] G. Vassalli, *Norimberga sessant'anni dopo*, cit., p. 495.

[39] G. Vassalli, *Bilancio di Norimberga*, cit., p. 680.

stesso genere umano[40]". Il processo, dunque, sotto questo profilo, non si è rivelato un successo, quale opera pedagogica rivolta ai tedeschi, perché ha voluto insegnare troppo, e per aver voluto insegnare troppo, ha corso il rischio di non aver insegnato niente[41].

Del bilancio di Norimberga fa parte anche una riflessione sulla pena di morte, argomento quanto mai controverso e dai profondi risvolti umani. Ciò distingue Vassalli dalla maggioranza dei giuristi della sua epoca.

Il processo, come è noto, si concluse con dodici condanne a morte mediante impiccagione (Göring, Bormann, Ribbentropp, Rosenberg e altri), tre condanne a carcere a vita, due a 20 anni di reclusione, una a 15, e tre assoluzioni. Nemmeno di fronte agli orrori immani giudicati a Norimberga Vassalli depone il suo sguardo critico nei confronti della pena capitale. C'è un'altezza tragica nelle sue parole. Non c'è lo sdegno che anima, ad esempio, le parole vibranti di Calamandrei[42]: è un approccio razionale e pacato, che non è veramente di tutti i protagonisti di quell'epoca. Esso dipende da quello che Guido Neppi Modona ha afferrato benissimo come una caratteristica del suo pensiero, che è l'umana pietà di cui è destinatario anche il criminale più enorme[43]. Scrive dunque Vassalli in questo articolo:

> La pena che li attende è la più singolare di tutte le pene. La sua singolarità risiede nel fatto che essa assolve ad uno solo di quelli che sono tradizionalmente ritenuti i fini di ogni pena. La pena di morte non assolve né alla funzione della prevenzione speciale né a quella dell'emenda ... essa assolve unicamente alla funzione di prevenzione generale mediante intimidazione ... Essa non serve al reo, ma serve unicamente agli altri. Nel suo tragico destino, che è quello di annientare un essere umano perché gli altri vivano, essa simboleggia, da parte del soggetto che la subisce, il colmo dell'altruismo umano[44].

6. La definizione dei crimini contro l'umanità dopo Norimberga

I crimini contro l'umanità, come abbiamo già visto, sono agganciati dagli estensori dell'Accordo di Londra ai crimini contro la pace e dei crimini di guerra. A causa di questa connessione, che è ragionevole imputare a scrupoli legati al rispetto del principio di legalità anche in campo internazionale, Vassalli giudica di scarso rilievo il contributo dell'IMT all'elaborazione della nozione di crimini contro l'umanità. Per la precisazione della nozione di crimini contro l'umanità è stato più intenso il contributo della dottrina (Pella, Lemkin, Trainin, Aroneanu). In sede internazionale, il Congresso internazionale di Parigi del 1946 e la conferenza di Bruxelles del 1947. In questa sede, che Vassalli ha frequentato, emergono i tratti nuovi del crimine. Il crimine contro

[40] Ivi, p. 682.

[41] A diverse conclusion giunge ora S. Karstedt, *The Nuremberg Tribunal and German Society: International Justice and Local Judgement in post-Conflict Reconstruction*, in *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?*, ed. by David A. Blumenthal - Timothy L.H. McCormack, Leiden-Boston 2008, pp. 13-35.

[42] Il riferimento è a P. Calamandrei, *Le leggi di Antigone*, in "Il ponte", II, 11 novembre 1946, pp. 933-934, anche in Id., *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Firenze 1996, pp. 17-19 e in *Il Ponte di Piero Calamandrei 1945-1946*, a cura di M. Rossi, I, 1945-1950, Firenze 2005, pp. 125-126.

[43] Intervento del Vicepresidente emerito Prof. Guido Neppi Modona, in *Atti*, cit., p. 9.

[44] G. Vassalli, *Bilancio di Norimberga*, cit., p. 685.

l'umanità non colpisce l'individuo isolatamente preso, ma l'individuo in quanto membro di una collettività umana. Oggetto della tutela penale sono la razza, la nazionalità, la religione e altri elementi di diversità del genere umano. Il delitto contro l'umanità colpisce l'uomo in quanto appartenente a una determinata nazionalità o a una determinata razza o in quanto professante una determinata religione o una determinata opinione[45].

La conferenza non risolve tutti i problemi: limita il voto rivolto ai legislatori nazionali alla immediata messa fuori legge del solo omicidio e di tutti gli atti di natura tale da sboccare nella soppressione della vita umana. Fa però emergere meglio una categoria nuova: un reato comune caratterizzato dalla specificità del dolo e precisamente del motivo di odio razziale, di odio religioso, di odio politico e di odio nazionale. Il delitto contro l'umanità, inoltre, può essere compiuto anche contro un solo individuo e quindi non coincide con il genocidio, come esempio unico della categoria.

La conferenza non ha detto una parola definitiva, ma Vassalli è un realista: un passo notevole è stato compiuto per uscire dall'approssimazione nella quale si versava in materia.

L'appoggio ai vari tentativi di affermazione del diritto internazionale penale e della giustizia internazionale penale è costante. I vari passi di questa vicenda sono ricordati nel 1997: la Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite dell'11 dicembre 1946 in cui si riconoscevano i principi di diritto internazionale affermati dallo Statuto del Tribunale di Norimberga; i lavori della *International Law Commission* delle Nazioni unite tra 1949-1950; la convenzione sul genocidio del 1948, che tra l'altro prevede l'istituzione di una Corte internazionale apposita per la punizione del delitto. Nel 2006 Vassalli fa una precisazione importante: "oserei dire che ciò avvenne non tanto per conseguire una convalida di quanto accaduto quanto per aprire il percorso verso una giustizia penale oggettiva e adeguata alla gravità dei crimini"[46]. Comunque fu un atto di riconoscimento non vincolante in senso stretto.

Vi è infine un ultimo aspetto da considerare di questa testimonianza singolare, almeno nel panorama italiano di quell'epoca, e riguarda lo sguardo verso il futuro. Abbiamo visto come, in questo tema, passato, presente e futuro si intreccino. Nel suo fervente apostolato per una giustizia internazionale penale sempre più presente sul campo, perfezionata nei suoi strumenti sostanziali e processuali, larga di garanzie, aperta all'adesione del maggior numero di Stati, si insinua, a fronte del precipitare degli eventi, soprattutto a partire dagli anni Novanta in poi, il seme del dubbio. A fronte di fenomeni quali l'impressionante *escalation* di violenza, di eccidi e di stermini, la marcia inquietante del male che assume forme sempre diverse e immani, lo spettro del terrorismo internazionale, ora anche religioso, l'istituzione di nuove corti penali internazionali, le difficoltà del loro funzionamento, le resistenze, la moltiplicazione su scala planetaria delle guerre, in forme sempre nuove, può insinuarsi il dubbio che tanto lavoro di costruzione e di impegno sia inutile. Questo sentimento Vassalli lo chiama sconforto di fronte alla contemplazione degli ostacoli che si pongono sul cammino

[45] G. Vassalli, *La definizione dei delitti contro l'umanità nell'8ª Conferenza internazionale dell'Ufficio internazionale per l'unificazione del diritto penale (Bruxelles 9-12 luglio 1947)*, in Id., *La giustizia penale internazionale. Studi*, Milano 1995, pp. 61-79.

[46] G. Vassalli, *Norimberga sessant'anni dopo*, cit., p. 507.

della effettività (*Verso una giustizia penale internazionale*, 1995). Eppure, in colui che fu proprio il primo a credere a questa giustizia internazionale penale in Italia (e ritengo che di questo fatto gli storici dovrebbero essere i primi a rendere atto), non viene meno, neanche di fronte a una realtà che spesso e troppo di frequente si ribella ad un inquadramento negli schemi del diritto giusto, la fiducia nel fatto che nel futuro la giustizia internazionale penale rimanga ferma nelle sue istituzioni e *uguale* per tutti. Come ha interpretato bene Francesco Palazzo, Vassalli non cede allo "smarrimento morale"[47].

Nel suo ultimo scritto in materia, *Il crimine dei crimini*, del 2008, Vassalli lancia un monito: la corte penale internazionale deve restare, c'è voluto più di mezzo secolo per arrivarvi, la semplice sua esistenza è già una forte misura di prevenzione, e il suo funzionamento è garanzia non tanto o non solo di repressione, ma della corrispondente e concomitante difesa dei fondamentali diritti dell'uomo: chi guarda troppo lontano dimentica il lungo cammino appena compiuto.

Mi piace allora concludere queste brevi riflessioni dedicate a un protagonista dei nostri tempi nel modo in cui Vassalli stesso volle terminare un suo discorso:

> E allora rimane, alla fine, la domanda più terribile tra tutte. Forse che l'unica giustizia penale internazionale che può effettivamente funzionare contro i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità è quella dei vincitori contro i vinti? ... In definitiva l'impegno della giustizia internazionale penale è quello di sfuggire da questa alternativa: quello di riconoscere che la giustizia non si può solo fondare sulla vittoria di chi è risultato il più forte. Che essa deve esistere e costituirsi anche in vista di pochi processi, a carico di coloro che siano comunque raggiungibili, a prescindere da una loro vittoria o da una loro sconfitta sul campo. Ricordiamoci che neanche Norimberga è riuscita a liberarsi dal ripetersi di tanti orrori. ... Perciò la giustizia internazionale non deve e non può essere quella dei vincitori. Essa deve essere la più oggettiva possibile, come si vuole che sia la giustizia interna: predisposta per tutti ed eguale per tutti[48].

[47] F. Palazzo, *Giuliano Vassalli*, cit., p. XXV; Id., *Vassalli, Giuliano*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna 2013, pp. 2025-2028 (p. 2028).

[48] G. Vassalli, *Verso una giustizia penale internazionale*, cit., p. 392.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

Maura Fortunati

"La pietosa ingiustizia dei magistrati". Il dibattito sul suicidio dell'assicurato tra Ottocento e Novecento

SOMMARIO: 1. La depenalizzazione del suicidio - 2. Suicidio ed assicurazioni: gli effetti della depenalizzazione e le scelte dei codici di commercio italiani - 3. La volontarietà del suicidio nella giurisprudenza d'Oltralpe - 4. La disciplina del codice di commercio del 1882 e il pensiero di Cesare Vivante - 5. Suicidio, passioni ed emozioni: il dibattito nel Novecento - 6. La soluzione della prassi.

ABSTRACT: After the decriminalization of the suicide, it becomes necessary to adapt the new legal reality to other fields; as far as the commercial law is concerned, the debate on the voluntary nature of the suicide, provided for by the Commercial code, engages civil and criminal doctrine and jurisprudence during the end of the XIXth and the first half of the XXth century; this debate brings to different solutions related to the issues of criminal responsibility and passions and it is going to be defined thanks to insurance practices.

KEYWORDS: suicide, insurances, criminal law, commercial law

1. La depenalizzazione del suicidio

Come è noto la severa condanna del suicidio che nei lunghi secoli del Medioevo e dell'età moderna aveva caratterizzato il diritto sia in ambito laico sia canonico, nel corso del XVIII secolo aveva iniziato il suo declino in larga parte dell'Europa continentale, in un cammino volto, all'interno di un più vasto processo di laicizzazione del diritto penale, a sancire nel giro di alcuni decenni la completa depenalizzazione dell'atto suicidiario[1].

In Francia il cd. decreto Guillotin che l'Assemblea costituente approvava il 21

[1] La bibliografia sul suicidio nei suoi diversi aspetti di ordine etico, sociologico e giuridico è pressoché sterminata ed è impossibile darne conto in questa sede. Volendo ricordare solo alcuni saggi, fondamentale resta ovviamente *Le suicide: étude de sociologie* (Paris 1897) di Émile Durkheim nonostante le numerose critiche e l'ampio dibattito cui ha dato luogo per lunghi decenni. Una approfondita revisione critica è ad esempio presente nel volume di R. Marra, S*uicidio, diritto e anomia. Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, Napoli 1987, ma per una rassegna più recente delle diverse posizioni si possono ricordare W.S.F. Pickering-G. Walford (curr.), *Durkheim's suicide. A century of research and debate*, London 2000 e P. Besnard, *La destinée du "Suicide". Réception, diffusion et postérité* in M. Borlandi-M. Cherkaoui (curr.), *Le "suicide" un siècle après Durkheim*, Paris 2000, pp. 185-218. Una panoramica d'insieme sul suicidio tra passato e presente è offerta dal volume di M. Barbagli, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Bologna 2009, corredato da un ricchissimo apparato bibliografico; per una diversa prospettiva v. P. L. Bernardini, *Le rive fatali di Keos. Il suicidio nella storia intellettuale europea da Montaigne a Kant*, Torino 2009. Per gli aspetti più propriamente storico-giuridici si vedano, tra gli altri, per il periodo romano E. Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi* in "Rivista di storia del diritto italiano, VI (1933), pp. 393-416 e per il Medioevo e l'età moderna G. P. Massetto, *Il suicidio nella dottrina dell'età di mezzo* in "Acta Histriae", XII (2004), 1, pp.139-176, A. Murray, *Suicide in the Middle Ages*, Oxford, 1998-2000, L. Vandekerckhove, *On punishment. The confrontation of suicide in old-Europe*, Leuven 2000, M. Cavina, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Bologna 2015, pp. 36 ss.

gennaio 1790, se pure non prevedeva espressamente l'ipotesi del suicidio, sanciva l'abolizione della confisca dei beni e di tutte le forme di supplizio sul cadavere, facendo di fatto venire meno le pene che fino a quel momento avevano connotato la disciplina in materia [2]. Carnot, qualche tempo dopo, suggeriva di inserire nella Costituzione francese del 1793 una "Dichiarazione dei diritti" che prevedesse che "ogni cittadino ha il diritto di vita o di morte su se stesso" (art.6).

La Rivoluzione francese chiudeva in questo modo un percorso caratterizzato da una lunga riflessione sul tema che, iniziata nel corso del Seicento con opere in larga parte ancora legate agli orientamenti conservatori (seppure non mancassero posizioni volte a dimostrare la liceità morale del suicidio configurato come espressione della libertà ed autonomia dell'individuo[3]), si era accresciuta nel corso del secolo successivo grazie al pensiero illuminista ed aveva già da tempo portato, di fatto, ad una progressiva disapplicazione della disciplina punitiva del suicidio[4].

Dai *philosophes* il discorso si era infatti spostato progressivamente sul piano normativo, anche se non ovunque e con gli stessi esiti.

In Prussia, in chiara opposizione al padre Federico Guglielmo I che nel 1731 aveva inasprito le pene per i suicidi, Federico II aveva promulgato due editti, rispettivamente nel 1747 e nel 1751, dove, al contrario, provvedeva a depenalizzare questo reato, la cui punizione riteneva non solo inutile ma anche dannosa per le famiglie di quanti si privavano della vita; principi ripresi in parte nell'*Allgemeines Landrecht* del 1794[5].

---

[2] *Décret concernant les condamnations pour raison des délits et des crimes* in *Archives parlamentaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. I^re série (1789 à 1800)*, Paris 1880, XI, p.279. Si trattava di un emendamento al progetto del *Comité des sept* in materia di processo penale che si configurava come un vero e proprio progetto di decreto. Prevedeva che "la confiscation des biens des condamnés ne pourra jamais avoir lieu ni être prononcée en aucun cas", disponendo altresì che "le corps d'un homme supplicié sera délivré à sa famille, si elle le demande; dans tous les cas, il sera admis à la sépulture ordinaire et il ne sera fait sur le registre aucune mention du genre de mort". Sul decreto si veda R. Martucci, *La Costituente ed il problema penale in Francia (1789-1791).* 1. *Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*., Milano 1984, pp. 130- 138 e, sempre dello stesso autore, qualche cenno anche in *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla rivoluzione all'Impero (1789-1810)* in "Quaderni fiorentini" 36/1 (2007), pp. 131-274.

[3] Primo fra tutti il Montesquieu delle *Lettere persiane* (1721), ma penso fra gli altri anche a Montaigne o a John Donne. Sul *Biathanatos* di quest'ultimo si vedano S.E. Sprott, *The english debate on suicide from Donne to Hume*, London 1961 e P. Bernardini, "*I have the key of my prison in myne own hand". Prime note di lettura sul "Biathanatos" di John Donne (1607-1608)* in "Materiali per una storia della cultura giuridica europea" XXXIV (2004)/1, pp. 3 -17.

[4] Nel 1764 Cesare Beccaria a sua volta, pur riprovandolo moralmente, ne sosteneva la non punibilità, invocando il principio della personalità della pena. "Il suicidio è un delitto che sembra non potere ammettere una pena propriamente detta, poiché ella non può cadere che o su gl'innocenti, o su di un corpo freddo ed insensibile. Se questa non fa alcuna impressione su i viventi, come non lo farebbe lo sferzare una statua, quella è ingiusta e tirannica perché la libertà politica degli uomini suppone necessariamente che le pene sieno meramente personali […] Quantunque sia una colpa che Dio punisce, perché solo può punire anche dopo la morte, non è un delitto avanti gli uomini perché la pena in vece di cadere sul reo medesimo cade sulla di lui famiglia". Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XXXV, *Del suicidio e dei fuorusciti.* Sulla discussione intorno al suicidio tra XVII e XVIII secolo si rinvia alle pagine di P**.** Bernardini, *Dal suicidio come crimine al suicidio come malattia. Appunti sulla questione suicidologica nell'etica e nella giurisprudenza europea tra Sei e Settecento* in "Materiali per una storia della cultura giuridica europea", XXIV (1994)/1, pp. 81-101.

[5] *Allgemeines landrecht für die preußischen staaten*, Berlin 1794, parte II, titolo 20, § 803.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

Anche la Toscana aveva aderito alle ideologie abolizioniste, mentre l'Austria continuava sulla strada della penalizzazione. Tanto la *Constitutio criminalis theresiana*, quanto il codice penale di Giuseppe II insistevano nel censurare l'atto suicidario: la prima, all'art. 93 ancora si soffermava con dovizia di particolari sui trattamenti cui doveva essere sottoposto il corpo del suicida; il secondo inseriva tanto il suicidio consumato quanto quello tentato all'interno del libro dedicato ai delitti criminali, nel capitolo IV, tra i "delitti che hanno immediata relazione alla vita umana ed alla sicurezza corporale". Pur rubricandolo tra i delitti criminali, lo *Josephinisches Strafgesezbuch* accantonava però il rigore del passato, introducendo una notevole mitigazione ed una diversa graduazione delle pene[6]; dava inoltre particolare risalto alla capacità di intendere e di volere del soggetto: il § 123 definiva infatti il suicidio come l'atto di chi si privasse della vita "in tempo in cui non si osservava in lui segno alcuno di sconvolgimento di sensi o di grave malattia che scemasse l'uso della ragione".

La svolta era perciò nell'aria; la giurisprudenza provvedeva spesso a intervenire anche dove il legislatore non agisse, estendendo sempre più le cause di giustificazione e evitando comunque di perseguire i suicidi[7].

La Costituente, come abbiamo detto, dava voce normativa a questo processo ed il silenzio del *Code pénal* del 1791 era segnale della medesima volontà; una volontà che era destinata a portare alla scomparsa del suicidio dai codici penali del mondo occidentale pressochè ovunque, sia pure con qualche eclatante eccezione (si pensi alla depenalizzazione del tentativo di suicidio in Inghilterra, formalmente introdotta solo nel 1961 con il *Suicide Act*).

Il codice napoleonico taceva in proposito, mentre il Codice Penale Universale Austriaco del 1803 rubricava sia il tentato suicidio che quello portato a compimento non più tra i crimini, come nel Codice penale giuseppino, ma nella seconda parte, al capo VIII, nella disciplina relativa alle gravi trasgressioni di polizia contro la sicurezza della vita; le pene riprendevano in parte il dettato del precedente testo normativo, vietando per chi fosse riuscito a condurre a termine il proprio proposito la sepoltura in terra consacrata e "incoraggiando", anche con la detenzione, il ravvedimento

[6] Si distingueva infatti tra l'ipotesi in cui il suicida fosse morto all'istante o senza aver dimostrato pentimento, quella in cui, nell'intervallo tra l'azione e la morte, si fosse pentito e quella in cui il suicidio fosse stato portato a compimento per sottrarsi alla pena "temuta di un commesso delitto". Nel primo caso il cadavere del suicida era sotterrato dal boia; nel secondo "sarà soltanto negata al cadavere l'ordinaria sepoltura e sarà sotterrato senza accompagnamento e apparato alcuno". Nella terza ipotesi "il nome del suicida e il tenore del di lui delitto, in quanto potrà considerarsi per legalmente provato, sarà esposto alla forca e notificato generalmente". Il § 125, infine, disciplinava il tentato suicidio, prevedendo la condanna alla detenzione fino al completo ravvedimento "Se il tentato suicidio sarà rimasto ineseguito e ciò per puro accidente o per qualsisia altro motivo estraneo alla volontà e cooperazione dell'autore, in tal caso il delinquente si sia poi egli ferito o no, dovrà essere costituito nelle carceri, dove sarà messo nell'impossibilità di stendere violenta mano contro di sé medesimo e dove a tempo indeterminato sarà trattenuto finattanto che mediante l'istruzione resterà convinto che la propria conservazione è dovere verso Iddio, verso lo Stato e verso se medesimo e finché mostrerà pieno pentimento e speranza di miglioramento", *Allgemeines Gesetz über Verbrechen, und derselben Bestrafung-Codice generale sopra i delitti e le pene*, Vienna-Roveredo 1787, pp. 94-97.

[7] A. Bayet (*Le suicide et la morale*, Paris 1922, pp. 671-672) nella consultazione degli Archivi dipartimentali francesi del XVIII secolo ha rintracciato nella seconda metà del secolo solo tre processi contro suicidi. Cfr. R. Marra, S*uicidio, diritto e anomia*, cit., p. 91.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

dell'aspirante suicida[8].

Per quel che riguarda l'Italia, le medesime disposizioni trovavano ovviamente applicazione nel Lombardo Veneto, mentre nel Granducato di Toscana il codice penale del 1853, proseguendo sulla strada intrapresa dalla Leopoldina, disciplinava esclusivamente la partecipazione al suicidio altrui[9]; silenziosi al riguardo erano il codice napoletano e quello parmense, mentre il Regolamento gregoriano per lo Stato pontificio del 1832 e il codice criminale estense punivano solo il tentativo[10]. Unica nota stonata il codice penale albertino del 1839 che all'art. 585 disponeva l'invalidità testamentaria e la privazione delle onoranze funebri per il suicida, nonché la carcerazione qualora il gesto non fosse stato portato a compimento[11]; anche negli Stati Sardi comunque la depenalizzazione era prossima, in quanto vent'anni più tardi il codice piemontese del '59 non faceva più menzione né del suicidio né del tentativo[12].

2. Suicidio ed assicurazioni: gli effetti della depenalizzazione e le scelte dei codici di commercio italiani

Una volta espunto il suicidio dalle fattispecie criminose diveniva inevitabilmente necessario rimodulare ed adeguare alla nuova realtà giuridica anche la normativa non penalistica che a vario titolo se ne occupava: caso esemplare, sotto questo aspetto, la disciplina del suicidio in campo assicurativo.

Si trattava, in sostanza, di definire se nelle assicurazioni sulla vita, o per meglio dire, per caso di morte, l'assicuratore fosse tenuto a pagare la somma pattuita anche qualora

[8] § 90 "Quando alcuno si fosse ferito od in qualunque altro modo offeso col disegno di togliersi la vita, ma avesse desistito dal compiere il suicidio, mosso dal proprio pentimento, dev'essere chiamato dinanzi alla magistratura, da cui gli verrà fatta una seria ammonizione sull'enormità del suo attentato, che offende tanti doveri". § 91 "Se l'esecuzione non ebbe luogo per puro accidente o contro la volontà dell'autore, deve questi essere posto sotto sicura custodia e sorvegliato rigorosamente sintanto che ricondotto con rimedi fisici e morali all'uso della ragione ed al riconoscimento de' suoi doveri verso il Creatore, verso lo Stato e verso sè stesso, si mostri pentito della sua azione e faccia sperare per l'avvenire uno stabile ravvedimento". § 92 "Qualora poi fosse avvenuta la morte, il cadavere del suicida accompagnato soltanto dalla guardia viene trasportato in un luogo posto fuori del cimitero e sotterrato dai fanti di giustizia".

[9] *Codice penale pel Granducato di Toscana*, Firenze 1853, art. 314: "Chiunque ha partecipato all'altrui suicidio, subisce la casa di forza da tre a sette anni".

[10] *Regolamento sui delitti e sulle pene della santità di Nostro Signore papa Gregorio XVI*, Roma 1832, § 317 "Le ferite tendenti a suicidio sono punite colla detenzione sotto sorveglianza da uno ai tre anni"; identico nella formulazione il disposto dell'art. 413 del Codice criminale per gli Stati estensi del 1855.

[11] *Codice penale per gli Stati di S.M. il re di Sardegna*, Torino 1939 "Chiunque volontariamente si darà la morte è considerato dalla legge come vile, ed incorso nella privazione dei diritti civili, ed in conseguenza le disposizioni di ultima volontà che avesse fatte saranno nulle e di niun effetto: sarà inoltre il medesimo privato degli onori funebri di qualunque sorta. Il colpevole di tentativo di suicidio quando l'effetto ne sia mancato non per ispontaneo suo pentimento, ma per circostanze indipendenti dalla sua volontà, sarà condotto in luogo di sicura custodia, e tenuto sotto rigorosa ispezione da uno a tre anni".

[12] Ovviamente rimanevano aperti i problemi per l'uccisione del consenziente e la partecipazione al suicidio altrui, tematiche di estrema importanza che tuttavia esulano dall'argomento trattato in questa sede.

l'assicurato si fosse tolto la vita. Questione tutt'altro che pacifica per diversi ordini di motivi.

Innanzitutto, la disciplina normativa commerciale per buona parte dell'Ottocento rimase totalmente carente in proposito; neppure il codice di commercio del '65 forniva qualche indicazione in merito ignorando la disciplina assicurativa terrestre; in assenza di un preciso inquadramento normativo le Compagnie finivano così per provvedere in modo autonomo, attraverso le proprie polizze, limitando e circoscrivendo le ipotesi di risarcimento.

In secondo luogo, anche questo settore ovviamente risentiva non solo della sanzione penale, ma anche morale, che avevano per lungo tempo accompagnato il suicidio e segnato profondamente la disciplina della materia.

Nel 1834 il goriziano Giuseppe Lazzaro Morpurgo, nella sua *Raccolta di osservazioni sulle assicurazioni*…, forniva una lucida spiegazione delle ragioni per le quali il suicida non avrebbe dovuto essere indennizzato in cui ad argomentazioni squisitamente "tecniche" si affiancavano anche considerazioni di natura etica.

> In qualunque contratto di assicurazione deve esistere un rischio, il di cui carattere sia fortuito e non dipenda in ispecialità dalla volontà di chi è interessato d'accrescerlo, o il farlo risolvere in danno. Nelle assicurazioni sulla vita dell'uomo l'Assicuratore s'assume il rischio per i danni che può apportare la morte. Ma questa deve essere naturale, né perciò assume mai il rischio che dipenda dalla volontà dell'Assicurato, e da qualche sua azione criminosa, perché ciò sarebbe affatto contrario al suo scopo morale, venendo con ciò ad eccitare i disordini, e ad incoraggiare il delitto.
> Perciò quando un individuo assicura la propria vita, gli Assicuratori non saranno tenuti ad alcun indennizzo, se ei la perde a cagione di suicidio, in duello o per mano della giustizia in conseguenza di delitti commessi[13].

Suicidio, duello, condanna alla pena capitale (cui successivamente si sarebbe aggiunto il viaggio in aeroplano!) venivano così accomunati nel rappresentare eccezione alla responsabilità degli assicuratori: non si trattava di eventi fortuiti, per cui sarebbe stato necessario corrispondere l'indennizzo, ma di eventi (riprovevoli) provocati, a vario titolo, dall'assicurato e, di conseguenza, non risarcibili.

Nonostante la depenalizzazione, il suicidio rimaneva, comunque, un evento "atipico", su cui pesava l'opinione tradizionale che esprimeva pur sempre disagio sociale nei suoi confronti, attribuendogli un significato di forte disvalore, al pari del duello, dove si metteva in pericolo la propria vita per uccidere un'altra persona, o della commissione di un reato per cui fosse prevista la condanna a morte. Quanto il peso del giudizio morale incidesse sulla disciplina assicurativa mi sembra confermato dal fatto che taluni, nonostante si trattasse di un atto provocato dall'assicurato e pertanto, secondo una interpretazione rigorosa, non risarcibile, ritenevano - con una forte assimilazione alle ipotesi che già la dottrina medievale e moderna non annoveravano tra i suicidi[14] e sia pure con qualche incertezza - coperta dalla polizza la morte per atto di dedizione. Si pensi al soldato, a chi si fosse gettato nelle fiamme per salvare qualcuno o chi vivesse in un paese colpito dalla peste o dal colera e prestando

[13] G.L. Morpurgo, *Raccolta di osservazioni sulle assicurazioni marittime e sopra le sicurtà contro i danni ignei, fluviali ed aerei e quelle sulla vita dell'uomo e per i vitalizj*, Trieste 1834, III, pp. 27-28.

[14] G.P. Massetto, *Il suicidio nella dottrina dell'età di mezzo*, cit., p. 141.

soccorso agli altri si ammalasse e morisse: tutte ipotesi in cui l'assicurato aveva sì messo in pericolo la propria vita ma nella speranza di salvare un proprio simile o per dovere[15].

In materia assicurativa poi la connotazione negativa del suicidio finiva per essere ulteriormente accentuata dalla presunzione dell'esistenza di un possibile intento fraudolento da parte del suicida che, già in procinto di compiere il malsano gesto, ricorresse agli assicuratori ingannandoli, anche se spesso solo per garantire un futuro dignitoso alla propria famiglia.

Come detto, la disciplina normativa rimase per lungo tempo carente; solo nel 1882 il codice di commercio intervenne finalmente a regolare la materia. All'interno del capo III, intitolato alle assicurazioni sulla vita, l'art 450, che si ispirava integralmente all'art. 41 della legge belga sulle assicurazioni del 1874[16], disponeva che l'assicuratore non fosse tenuto "al pagamento della somma assicurata se la morte della persona che ha fatto assicurare la propria vita sia avvenuta per effetto di condanna giudiziaria, di duello o di suicidio volontario, ovvero abbia per causa immediata un crimine o un delitto commesso dall'assicurato e di cui egli poteva prevedere le conseguenze avvenute". Il secondo comma prevedeva che in tali casi l'assicuratore potesse trattenere il premio, fatte salve comunque convenzioni contrarie.

Non ci si trovava ormai più di fronte a considerazioni o valutazioni etiche, ma l'idea di illiceità, sia pure spogliata dai risvolti morali e penalistici e calata in una diversa prospettiva di rapporti giuridici, continuava a connaturare – e avrebbe continuato a farlo- il suicidio. Nel 1942, a ridosso della promulgazione del codice civile, Francesco Alimena ne spiegava assai chiaramente le ragioni:

> Il suicidio che non è un illecito penale, che in sé e per sé non è neanche un illecito civile, assume, invece, la qualifica di atto illecito nei confronti del contratto di assicurazione sulla vita. Qual è il contenuto di tale contratto? […] Col contratto accennato si assicura un rischio e cioè quel rischio costituito dalla morte dell'assicurato […] Il nocciolo del contratto è sempre lo stesso: infatti il contratto gioca sempre su questo evento futuro e incerto nel tempo. L'incertezza cioè concerne non l'avvenimento della morte (evento questo che deve sempre fatalmente verificarsi) ma l'epoca della morte stessa. […] Ora questa incertezza non esisterebbe più se l'assicurato potesse a suo libito procurarsi la morte. Ecco, quindi, la ragione per cui l'obbligo da parte dell'impresa assicuratrice di pagare la somma assicurata è subordinato al fatto che l'assicurato non si produca da sé stesso la morte (*inadimplenti non est adimplendum*). Quindi l'assicurato ha nel rapporto assicurativo l'obbligo di non prodursi da se stesso la morte. E se viola quest'obbligo, egli compie un atto illecito, appunto perché l'atto illecito altro non è che la violazione di un obbligo. Atto illecito, s'intende, non in sé e per sé, ma nei confronti dell'impresa assicuratrice, appunto perché l'obbligo che viene violato e la cui violazione costituisce appunto l'atto illecito, è un obbligo che si ha soltanto

[15] Borsari, ad esempio, distingueva "se si va in guerra per un dovere legale che si abbia o perché uno è militare o è tenuto a prender le armi perché appartiene alla guardia nazionale, per una leva in massa e simili" e l'ipotesi in cui qualcuno parta volontario; nel primo caso "l'assicurato sotto l'impulso del dovere non viola nessuna convenzione" e obbliga l'assicuratore, mentre nella seconda ipotesi "la convenzione sarebbe annullata poiché noi possiamo far il sagrificio di noi stessi, ma non degli altrui diritti". *Codice di commercio del regno d'Italia annotato dal cavaliere Luigi Borsari*, Torino-Napoli 1869, II, p. 730. Interpretazione meno rigorosa in area francese; si veda al riguardo J. Rome, *Du contrat d'assurance sur la vie: en présence de la loi civile, de la loi commerciale et des lois sur l'enregistrement*, Paris, 1868.

[16] Legge 11 giugno 1874 *sur les assurances* in A. Donati (cur.), *Legislazione mondiale sulle assicurazioni private*, II, *Legislazione belga*, Roma 1934.

verso l'impresa assicuratrice e non già verso altri[17].

Era questa la logica già sottesa nel codice di commercio del 1882. La norma allora introdotta rispondeva chiaramente ed esclusivamente, come amava ricordare la dottrina, alla natura propria del contratto di assicurazione, contratto aleatorio nel quale il rischio doveva riferirsi ad un evento incerto futuro[18]; il suicidio era al contrario un atto in cui era una delle parti a porre in essere, come dicevano alcuni, una "autoproduzione del sinistro", a causare l'evento–morte che avrebbe dovuto invece essere affidato al caso, a turbare - come si diceva - l'equilibrio giuridico del contratto[19]. Era stato d'altra parte proprio il desiderio di evitare questa possibile turbativa a ispirare i legislatori nelle loro scelte "imperocché quei casi di morte costituiscono altrettante violazioni […] delle condizioni del contratto, per il quale l'assicuratore risponde soltanto della morte che avvenga secondo le leggi di natura o che derivi da una causa accidentale"[20].

La formulazione codicistica era però decisamente ambigua e poco felice non parlando di suicidio in generale ma introducendo il concetto di suicidio volontario, concetto già da tempo circolante in ambiente francese, ma destinato a suscitare molteplici dibattiti ed interpretazioni tanto sul piano dottrinario, quanto su quello giurisprudenziale.

3. La volontarietà del suicidio nella giurisprudenza d'Oltralpe

Oltralpe già da qualche tempo dottrina e giurisprudenza si erano trovate concordi nell'escludere la responsabilità dell'assicuratore in caso di suicidio (ritenendolo anche qui circostanza che aggravava il rischio, non prevedibile al momento della conclusione del contratto e che ne modificava le condizioni); questo però purché l'assicurato si fosse dato la morte con la piena consapevolezza di quanto andava facendo. Avevano infatti introdotto anche una seconda ipotesi, distinguendo il suicidio volontario da quello "patologico", quello cioè in cui l'assicurato avesse agito in un momento di disturbo mentale; in questo caso l'assicuratore sarebbe stato tenuto al pagamento in quanto, come si legge in una sentenza della Corte di Cassazione del 3 agosto 1876, destinata da lì in avanti ad essere costantemente richiamata, il suicidio in un momento di follia o di malattia che oscurino l'intelletto dell'agente non è un atto di libero arbitrio

[17] F. Alimena, *Il suicidio nella formulazione della nuova legislazione sul contratto di assicurazione* in "Assicurazioni", IX (1942)/1, pp. 83-84.

[18] Il principio è ribadito da tutti gli autori ma particolarmente efficaci sono le parole al riguardo dell'attuario Eugene Reboul interpellato sul valore di un contratto di assicurazione sulla vita: "Le hasard seul a le droit de tirer à vue sur le Compagnies d'assurances. En autres termes, les Compagnies souscrivent au profit de l'assuré une lettre de change, dont l'échéance est en blanc, et le hasard seul a le droit de remplir ce blanc […]" Sostituirsi al caso significa "être un faussaire". E. Reboul in *Revue pratique de droit français*, XXII (1866), pp. 179-180.

[19] E. Altavilla, *Il suicidio nella psicologia, nella indagine giudiziaria e nel diritto (pubblico, penale, civile e commerciale)*, Napoli 1932, p. 371.

[20] *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul Progetto di legge* in A. Marghieri*, I motivi del nuovo codice di commercio italiano…,* IV, Napoli 1885, p. 540. Ci si trovava fra l'altro anche di fronte alla necessità di evitare di rendere parzialmente inattendibili le tavole di mortalità.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

dell'uomo e non può essere imputato al suicida che, in questo caso, non è che uno strumento passivo e incosciente; sopravviene in seguito ad una "alterazione morbida delle facoltà", alterazione che deve essere prevista come possibile dal contratto e che fa, di conseguenza, parte del rischio[21].

In altre parole, causa della morte in questi casi era la follia o comunque uno stato patologico che, in quanto tale, doveva essere coperto dalla polizza.

Le corti di giustizia, spesso chiamate a pronunciarsi in merito, avevano individuato, sia pure non sempre in piena armonia, una serie di fattori dai quali potesse evincersi la volontarietà o meno dell'atto. Può essere utile esaminare, a questo proposito, due differenti sentenze rese dal Tribunale civile della Senna nella seconda metà dell'Ottocento.

Nel primo caso, in data 24 novembre 1874 il Tribunale civile de La Seine, in aperta contraddizione con una sentenza pronunciata pochi mesi prima in cui aveva ritenuto non vi fosse modo di distinguere tra il suicidio compiuto "par une volonté libre" e il suicidio incosciente risultante da quella particolare forma di malattia mentale definita "melancolie – suicide"[22], ammetteva la possibilità di operare una differenziazione tra le due ipotesi anche se, pur non dando torto alla ricorrente, vedova Buigny, consentiva alla compagnia assicuratrice di presentare le prove della volontarietà dell'atto e, di conseguenza, della nullità del contratto.

Vediamo i fatti. Il 19 ottobre 1873 monsieur Buigny era morto avvelenato, ingerendo un flacone di prussiato (il ferrocianuro) di potassio. Nonostante la polizza prevedesse espressamente la nullità dell'assicurazione in caso di suicidio dell'assicurato, il giudice ritenne la società - una compagnia inglese, la Gresham - tenuta, salvo prova contraria, al pagamento di quanto dovuto, ritenendo veritiere le affermazioni della vedova. Vale la pena riportarle per intero, perché offrono un chiaro spaccato delle argomentazioni ricorrenti all'interno di questa tipologia di controversie. La vedova Buigny sosteneva che il marito avesse compiuto l'atto in un accesso caratterizzato da delirio e ne dava prova anche avvalendosi di testimoni. Tutto era iniziato, a suo dire, il 16 ottobre, un giovedì, per effetto di un bagno troppo caldo che aveva provocato i sintomi di una congestione cerebrale; da quel momento e fino alla sua morte, avvenuta la domenica successiva, il marito aveva continuato a dare prova della sua follia, credendosi perseguitato da persone che attentavano alla sua vita e reagendo in maniera così grave da dover essere sorvegliato a vista tanto dalla moglie che da un terzo chiamato allo scopo. Anche i due medici che lo avevano assistito, chiamati a testimoniare, non mettevano in dubbio che il veleno fosse stato ingerito in un "accesso di febbre calda" La compagnia da canto suo dubitava delle affermazioni della vedova, rilevando sia come l'atto mal si conciliasse con l'affermazione che il suicida era stato "guardato a vista" per due giorni, sia come il tragitto dalla propria abitazione al luogo di lavoro, dove era custodito il veleno utilizzato, fosse troppo lungo e complesso per un uomo che versasse in condizioni così gravi.

Nonostante tutto, il tribunale ritenne che la clausola di nullità contenuta nella polizza e invocata dalla Compagnia, che parlava genericamente di suicidio, non potesse

[21] Cfr. E. Fey, *Code des assurances sur la vie*, Paris 1885, p. 112.

[22] Cfr. sentenza Tribunal civil de la Seine, 13 agosto 1874 in *Journal des assurances terrestres, maritimes... Législation, doctrine, jurisprudence*, XXV (1874), pp. 461-466.

"ni dans son esprit ni dans son texte, être intérpreté en ce sens que le fait matériel du suicide suffit à dégager la Compagnie" e che "le cas prévu ne peut s'entendre que d'un fait conscient et volontarie"; tuttavia, pur ritenendo che i documenti prodotti dimostrassero come il Bugny avesse posto fine ai suoi giorni "sous l'influence d'un accès de folie, qui lui enlevait non-seulment son libre arbitre, mais jusqu'à l'instinct puissant de sa propre conservation" li riteneva insufficienti, sul piano giuridico, a rigettare la pretesa dalla Compagnia assicuratrice e le concedeva, come detto, la possibilità di provare la volontarietà del suicidio[23].

Una prova difficile, a quanto sembra: a confermare la posizione del giudice di primo grado intervenne infatti la Corte d'appello di Parigi (10 novembre 1875), adita dagli assicuratori, che ribadiva come il termine suicidio, quando inserito nelle polizze assicurative dovesse essere interpretato come volontario e come la prova della volontarietà spettasse alla compagnia assicuratrice. Il suicidio - ricordava il Tribunale - insistendo sui due elementi che per lungo tempo saranno ritenuti qualificanti l'atto, sia che si faccia riferimento al senso etimologico del termine quanto al linguaggio ordinario e giuridico è l'azione di chi si dà volontariamente la morte, sapendo di farlo e avendo pienamente coscienza di tale azione.[24]

Ben diversa la posizione dei giudici in una sentenza resa ancora una volta dal Tribunale civile della Senna il 12 maggio 1876. In quel caso il banchiere Chaudourne aveva contratto un'assicurazione sulla vita a favore della moglie e dei figli con due differenti compagnie assicuratrici, *Le Phenix* e le *Assurances Générales*, in date diverse. Di lì a breve il banchiere era stato dichiarato fallito e poco dopo il suo corpo trovato annegato nei pressi di Le Havre. Vedova e curatore fallimentare, ciascuno a proprio favore, avevano preteso dalle compagnie assicuratrici il pagamento di quanto dovuto, ma entrambe le società avevano rifiutato sostenendo come ci si trovasse di fronte ad un evidente caso di suicidio: lo dimostravano la difficile situazione finanziaria dell'uomo, le azioni giudiziarie in corso a suo carico, il suo viaggio a Le Havre privo di giustificazione, lo stato in cui era stato rinvenuto il corpo, le corde e le pistole trovate all'interno dei suoi abiti che denunciavano come il banchiere, dopo avere esitato sulle modalità con cui darsi la morte, avesse finito per annegarsi volontariamente. In questo caso, come era naturale, il tribunale aveva rigettato la richiesta dei ricorrenti ritenendo il suicidio, in base a "presomptions graves, précises et concordantes et certitude absolue", volontario[25].

Come è evidente la giustizia, in assenza di chiare indicazioni normative, si trovava a dover valutare ed interpretare caso per caso e piuttosto liberamente se il suicidio fosse stato compiuto o meno "en puissance de raison".

Così, la volontarietà, secondo la giurisprudenza francese, poteva essere esclusa da congestione cerebrale, come nel caso sopra esaminato, ma anche, solo per ricordare qualche ipotesi, da un indebolimento della ragione protrattosi nel tempo, da un accesso improvviso che impedisse il libero uso della volontà[26], da un attacco di *delirium*

[23] *Journal des assurances terrestres, maritimes... Législation, doctrine, jurisprudence*, XXVI (1875), pp. 21-24.

[24] *Journal des assurances terrestres, maritimes... Législation, doctrine, jurisprudence*, XXVII (1876), pp. 22-25.

[25] Ivi, pp. 295-299.

[26] Tribunale civile della Senna 1 aprile 1876, ivi, pp. 237-238.

tremens[27]. Per contro, facevano propendere per una piena volontà e coscienza nel proposito di togliersi la vita le difficoltà economiche, le intenzioni già espresse, un precedente tentativo fallito, ma anche più genericamente (con una definizione di ben poca utilità pratica) "quando il résulte de l'ensemble des circonstances ayant accompagné le décés que la mort de l'assuré ne peut être attribuée qu'à un suicide volontaire"[28].

4. La disciplina del codice di commercio del 1882 e il pensiero di Cesare Vivante

Se in Francia il requisito della volontarietà si andava così definendo all'interno delle aule dei tribunali, in Italia, come detto, aveva trovato spazio nel codice di commercio del 1882, costringendo non meno che Oltralpe dottrina e giurisprudenza a discuterne e delimitarne il significato e la portata, in un dibattito destinato a protrarsi anche nel secolo successivo.

Cosa si intendeva per suicidio? Quale era il confine fra suicidio volontario e patologico? Quali i mezzi per discernere le due ipotesi? Come dimostrare che un uomo che si suicida sia cosciente, in pieno possesso delle sue facoltà mentali? Ed ancora: la volontarietà era un limite invalicabile nell'escludere la responsabilità dell'assicuratore o lasciava spazio a scelte diverse? Tra Otto e Novecento la ricerca di definizioni e di un criterio di differenziazione diviene un impegno sia per i giuristi che per i tribunali e ci porta inevitabilmente a muoverci su un terreno in cui dottrina commercialistica e penalistica si incontrano e si confrontano.

I penalisti, nella seconda metà del XIX secolo, si muovevano ovviamente all'interno di una cornice in cui protagoniste erano soprattutto la nozione stessa di suicidio, la sua legittimità, le possibili e diverse ipotesi di punibilità (tentativo, omicidio del consenziente, istigazione ed aiuto al suicidio), seguendo diversi orientamenti e formulando giudizi contrastanti. Pur espunto dal catalogo dei reati, per alcuni il suicidio restava comunque un "atto radicalmente illecito, contrario agli obblighi solidaristici verso la società e lesivo del preminente interesse dello Stato al mantenimento in vita dei consociati"[29]; altri, come Francesco Carrara, pur reputandolo riprovevole e vietato dalla legge naturale e pur convinti della indisponibilità della vita, ne ribadivano, "per convenienza politica", la non punibilità [30]; vi era anche chi, e

[27] Tribunale civile della Senna 25 luglio 1854 in *Journal des assurances terrestres, maritimes* …, V (1854) pp. 326 ss.

[28] Tribunale civile della Senna, 22 maggio 1890 in *Journal des assurances terrestres, maritimes,* XLI (1890), pp. 411 ss.

[29] F. Faenza, *Profili penali del suicidio* in S. Canestrari-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Rodotà-P. Zatti (curr.), *Il governo del corpo*, Milano 2011, II, p. 1806. Si veda ad esempio M. De Mauro, *Del suicidio e del concorso in esso riguardo al diritto di punire ed all'ultimo progetto al Codice penale italiano*, Catania 1876.

[30] "Non più oggi si pone in dubbio che il suicidio sia un atto riprovevole e vietato dalla legge naturale, anziché il sognato esercizio di un umano diritto […] Checché si voglia pensare […] io penso che a togliere il suicidio dal novero dei delitti basti la sola considerazione della convenienza politica. La impotenza di irrogare contro il cadavere una pena che non abbia del barbaro o dell'ingiusto; la commiserazione verso la famiglia già troppo afflitta ed avvilita; la inutilità di rafforzare con l'esemplarità di una pena l'amore della propria vita bastantemente radicato in noi dalla natura; sono considerazioni che a tutta ragione persuasero molti legislatori contemporanei a passare sotto silenzio cotesto fatto e conseguentemente a non levarlo alla condizione di delitto. Che se alcune di codeste

penso naturalmente soprattutto a Enrico Ferri, sosteneva l'esistenza di un diritto ad uccidersi e considerava, in alcuni casi, la morte volontaria come un comportamento non socialmente dannoso[31]. Il codice Zanardelli dell'89, da canto suo, sceglieva la non incriminazione tanto del suicidio consumato che tentato, ma puniva con la reclusione da tre a nove anni chi determinasse o prestasse aiuto all'altrui suicidio.

Sul versante commerciale uno dei primi autori ad occuparsi in maniera approfondita dell'argomento fu Cesare Vivante che si inserì nel dibattito con una serie di interventi che si svilupparono a cavallo tra XIX e XX secolo nell'arco di un trentennio circa: nel 1890 diede alle stampe un breve saggio intitolato *Il suicidio nelle assicurazioni sulla vita*[32], che faceva seguito ad alcune considerazioni che l'autore aveva avuto modo di esprimere qualche anno prima in occasione del primo commento al Codice di commercio del 1882[33]; ne trattò nella terza parte de *Il contratto di assicurazione*[34] e nella parte dedicata all'assicurazione sulla vita del suo *Trattato di diritto commerciale*[35]; ed ancora nel 1922 in occasione di un nuovo commento al codice commerciale[36].

Pur accostandosi al tema con gli occhi del giuscommercialista, anche Vivante, al pari dei suoi contemporanei, era toccato da quella generale preoccupazione che aveva investito la società di fine Ottocento per effetto della percezione (*a posteriori* non suffragata dai dati effettivi) di un forte innalzamento nel numero dei suicidi[37]; al tempo

---

ragioni non avrebbero ricorso nel caso in cui il suicidio, anziché essere consumato fosse semplicemente tentato, sottentrò in questo caso lo ulteriore riguardo di umanità e di prudenza, per la quale si avvertì che col minacciare una pena si aggiungeva un nuovo motivo di uccidersi a colui che già tanti ne aveva da aver tentato la propria strage. Laonde generalmente il titolo di suicidio, così consumato come tentato, non più si novera oggidì nella serie dei delitti". F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale ossia esposizione dei delitti in specie,* II ed., Lucca 1868, I, pp. 166-173. Di diverso avviso Pessina che sosteneva la punibilità del tentato suicidio equiparandolo all'omicidio tentato. "Non si può non riconoscere che il suicidio è innanzi al diritto un malefizio. Solamente vuolsi notare che quando il suicidio è consumato manca la possibilità fisica di punirlo e perchè manca il subbietto della punizione; ma questa impossibilità di punire non toglie la essenza criminosa del fatto. […] Colui che senza essere in uno stato di demenza si toglie la vita uccide un uomo uccidendo sé stesso e con ciò viola il dettato del diritto come ogni altro omicida. Dalle quali cose si desume che la società giuridica riconoscendo nel reato dell'omicidio alcun che di punibile non può non riconoscere l'intrinseca reità e punibilità del conato di suicidio". E. Pessina, *Trattato di penalità speciale secondo le leggi delle Due Sicilie*, Napoli 1859, p. 16.

[31] E. Ferri, *L'omicidio-suicidio: responsabilità giuridica*, III ed., Torino 1892, pp. 11 ss. Sul volume di Ferri si veda A. Cadoppi, *Una polemica* fin de siècle *sul "dovere di vivere": Enrico Ferri e la teoria dell'"omicidio-suicidio"* in L. Stortoni (cur.), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento 1992, pp. 125 ss.; R. Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano 2004; M. Cavina, *Andarsene al momento giusto*, cit., pp. 166 ss.

[32] C. Vivante, *Il suicidio nelle assicurazioni sulla vita*, Bologna 1890.

[33] *Il codice di commercio italiano commentato coi lavori preparatori, con la dottrina e con la giurisprudenza*, Verona-Padova-Torino 1883, V, pp. 324 ss.

[34] C. Vivante, *Il contratto di assicurazione*, Milano 1885-1890.

[35] C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Torino 1893-1901.

[36] *Il codice di commercio commentato*, *Del contratto di assicurazione, del pegno, dei magazzini generali*, Torino-Milano-Napoli-Roma 1922, VII, pp. 423 ss. Sulle diverse opere e sulla figura di Cesare Vivante si veda da ultimo M. Libertini, voce *Vivante Cesare* in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M. Miletti (curr.), *Dizionario Biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, II, Bologna 2013, pp. 2058 ss.

[37] Sulla discrepanza tra dati reali e dati percepiti e su come il *trend* ascendente dei suicidi fosse in atto

stesso si dimostrava fortemente critico nei confronti della "nota rassegnata della scuola positiva" di fronte a questa situazione, soprattutto verso quanti consideravano il suicidio come un naturale mezzo di selezione "per eliminare dal mondo gli organismi inferiori", male minore e valvola di sicurezza rispetto all'omicidio[38],e contrapponeva loro la nobiltà di intenti che a suo dire talora accompagnava l'atto: "La coscienza generale profondamente turbata ad ogni suicidio protesta contro questa rassegnazione scientifica. Il triste spettacolo di cittadini laboriosi ed onesti che si uccidono per non sopravvivere al disonore, all'abbandono, all'indigenza che altri sopporta cinicamente; per agevolare alla famiglia un soccorso cui vivendo ponevano ostacolo; per troncare ai propri cari il penoso dovere di assisterli contro gli assalti di una malattia incurabile ci rende più che mai insofferenti di quelle conclusioni scientifiche"[39].

Formulate queste premesse, Vivante nel suo saggio del 1890 affrontava l'argomento con un approccio di tipo storico – sociologico. Dopo un breve *excursus* sulla disciplina del suicidio dall'epoca romana fino all'Illuminismo, il giurista si addentrava in una serie di considerazioni che sembrano in parte richiamare quelle che nello stesso periodo andava esponendo Émile Durkheim nel discutere di quella che veniva da più parti definita come una spaventosa piaga sociale. "Le nostre società – spiegava Durkheim – sono o tendono a diventare essenzialmente industriali. Una forma di attività che occupa un posto così importante nell'insieme della vita sociale non può restare talmente priva di regole senza che ne conseguano i più gravi disordini". L'innalzamento del numero dei suicidi sarebbe stato da imputarsi proprio alla crescente industrializzazione ed al rapido sviluppo economico che avrebbero creato difficoltà di integrazione e carenze nella regolamentazione sociale[40].

Anche Vivante era convinto del fatto che si trattasse di un fenomeno sociale "sintomo di un malessere generale che va curato nelle sue cause sociali. Le quali sono le stesse cause della pazzia, del delitto, dell'indigenza, dell'emigrazione e stanno tanto nell'attuale ordinamento economico, come nella debole tempra di alcuni caratteri male educati, per vizi ereditati o acquisiti, alle difficili lotte dell'esistenza. La cura per essere efficace deve risalire a queste cause: deve essere una cura rivolta a migliorare

già da tempo si vedano le considerazioni di M. Barbagli, *Congedarsi dal mondo*, cit., pp. 31 ss.

[38] Era stato Enrico Ferri a sostenere come il suicidio rappresentasse il mezzo naturale di esclusione degli individui incapaci di resistere alle difficoltà della vita e di risoluzione dei problemi derivanti da un eccesso di popolazione. Dopo aver affermato, contro chi sosteneva la tesi contraria, che l'individuo ha dei doveri nei confronti della società, ma solo finchè è in vita e che la società non può obbligarlo a rimanere al proprio interno, Ferri sosteneva come "l'interesse della società all'esistenza di ciascuno dei suoi membri non è assoluto, ma scema anzi di molto nei casi della morte volontaria. […] La biologia dimostra che, nella lotta per l'esistenza, soccombono i più deboli, i meno atti alla vita sociale; ed una appunto delle forme di questa sconfitta è il suicidio, che […] assume anche l'aspetto di […] una valvola di sicurezza per le generazioni future, cui risparmia un triste e fatale retaggio di nevrosi, cioè di dolore; ed è […] uno degli strumenti del miglioramento umano, per via di selezione". E. Ferri, *L'omicidio-suicidio: responsabilità giuridica*, cit., p. 28. Altri si erano posti sulla stessa strada: "Ed io e Ferri dimostrammo che il suicidio è in antagonismo con l'omicidio, ne è una vera valvola di sicurezza, sicché dove l'uno predomina scema l'altro, quindi da questo lato il suicidio è anzi di un vero vantaggio alla sicurezza sociale". C. Lombroso, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alla psichiatria*, Torino 1897, p. 570.

[39] C. Vivante, *Il suicidio nelle assicurazioni sulla vita*, cit., p .4.

[40] E. Durkheim, *Le suicide*, cit., p. 301 della traduzione italiana *Il suicidio. L'educazione morale,* Torino 1969.

l'ordinamento sociale e il carattere degli individui"[41].

Rifacendosi a dati statistici, in particolare quelli elaborati da Enrico Morselli[42], il commercialista se ne serviva sia per porre in luce l'accrescersi degli episodi di suicidio, sia per evidenziare come in larga parte (80%) essi potessero essere ricondotti a cause patologiche, abusi alcolici, miseria, disturbi della nutrizione, alterazioni delle facoltà mentali derivanti da passioni, rimorsi o sventure domestiche, tutte situazioni che per la loro stessa natura non consentono di qualificare il suicidio come volontario.

Anche in quelle limitate ipotesi in cui potesse ravvisarsi una volontarietà, Vivante si dimostrava però scettico di fronte ad un'applicazione rigorosa dell'art. 450 del Codice di commercio: "benché io consideri il suicidio un male non credo si possa curarlo efficacemente colle leggi civili e penali"[43]. Questa scelta si sarebbe, a suo dire, dimostrata in materia assicurativa inefficace e dannosa per diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto, a suo parere, i giudici chiamati ad applicare una legge di tal genere sarebbero stati portati ad eluderla per "salvare gli orfani dalla miseria", imputando comunque il suicidio a cause non volontarie[44]; in secondo luogo sarebbe aumentata la percentuale di frodi messe in atto da parte del suicida che "cercherà di morire in modo da escludere la propria responsabilità o fingendo un'alterazione mentale o fingendosi vittima di un accidente" (l'industria, l'alpinismo, la caccia, i viaggi non gli lasciavano che l'imbarazzo della scelta).

Ancora, sposando a questo proposito le teorie degli alienisti[45], la necessaria pubblicità che avrebbe accompagnato la causa avrebbe prodotto un contagio morale tanto "fra coloro che sono predisposti al suicidio" quanto nei figli, costretti per ottenere il risarcimento a provare la pazzia del padre e tratti "per forza di eredità sulla via battuta" dal genitore[46]; infine, si sarebbe venuta a creare una evidente ingiustizia e

[41] C. Vivante, *Il suicidio nelle assicurazioni sulla vita*, cit., p .5.

[42] E. Morselli, *Il suicidio. Saggio di statistica morale comparata*, Milano 1879.

[43] C. Vivante, *Il suicidio nelle assicurazioni sulla vita*, cit., p. 13.

[44] "Se un legislatore condannasse davvero gli orfani del suicida responsabile alla perdita dell'assicurazione, farebbe una legge condannata a sua volta a restare lettera morta. I giudici chiamati ad applicarla sarebbero i primi a deluderla dichiarando irresponsabile il suicida e troverebbero facilmente le ragioni per acquietare in questo giudizio la propria coscienza". *Ibidem*.

[45] Sul concetto di alienismo si veda per tutti R. Castel, *L'ordre psychiatrique. L'âge d'or de l'aliénisme*, Paris 1977; sull'alienismo in Italia si rinvia a A. Scartabellati, *L'umanità inutile. La questione follia in Italia tra fine Ottocento e inizio Novecento e il caso del Manicomio Provinciale di Cremona*, Milano 2001; sulle influenze dell'alienismo sulla procedura penale italiana nel periodo successivo all'Unità si veda M. Miletti, *La follia nel processo. Alienisti e procedura penale nell'Italia postunitaria* in "Acta Histriae" 15/1 (2007), pp. 321-346.

[46] "Se la legge pronunciasse la decadenza dell'assicurato responsabile del suicidio, la Compagnia, per obbedire alla legge e liberarsi dal debito dovrebbe provarlo, mentre da parte loro gli orfani del suicida dovrebbero provare la pazzia del loro padre che può salvarli dalla decadenza. Queste sventure, che la famiglia lascia di solito pietosamente ignorare ai figlioli, sarebbero date alla pubblicità di un litigio forense e discusse nei più intimi particolari del dramma. Sarebbe un male in due sensi. Anzi tutto perché la pubblicità provoca un contagio morale fra coloro che sono predisposti al suicidio, come tutti gli alienisti osservarono. Poi, perché quel suicidio o quella pazzia, constatati coll'autorità di un sentenza, accompagnerebbero colla loro triste influenza la vita dei figli, traendoli per forza di eredità sulla via battuta dal padre. E si ammetterà che anche questo è un grave pericolo, sol che si pensi che la tendenza al suicidio è, secondo l'avviso di alienisti autorevoli" (vengono ricordati, oltre al già citato Morselli, J.B. Cazanvieille, *Du suicide, de l'alienation mentale et des crimes contre les persones*, *comparés dans leur*

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

disparità di trattamento perché "di tutti i cittadini che si suicidano non sarebbero puniti coloro che più offesero i loro doveri verso la famiglia, verso la patria, verso la società, ma quelli soli che si assicurarono, quelli cioè che s'imposero una legge inflessibile di risparmio per migliorare la sorte delle proprie creature"[47].

All'opinione "per fortuna […] di scuola che svanisce nel nulla innanzi alle tragedie della vita" di quanti a difesa dell'ordine pubblico reputavano necessaria la decadenza del suicida volontario dal beneficio dell'assicurazione il giurista contrapponeva una lettura in senso dispositivo e non imperativo della norma contenuta nel codice, tale da lasciare alle Compagnie la libertà di scegliere una diversa soluzione. È qui che ben si avverte il Vivante esperto giuscommercialista, consapevole e convinto della forza e del ruolo di una prassi commerciale che alcune "benemerite" Compagnie avevano iniziato a porre in atto, sul modello delle società di assicurazioni inglesi ed americane, inserendo all'interno delle polizze specifiche clausole derogatorie[48]. Ne parleremo a breve.

Il problema suscitato dalla disposizione del codice non era però di facile soluzione, soprattutto quando si cercasse, nonostante gli auspici di Vivante, di distinguere tra volontarietà ed involontarietà del suicidio.

5. Suicidio, passioni ed emozioni: il dibattito nel Novecento

Nella prima metà del XX secolo, mentre il diritto penale volgeva sempre più verso l'attribuzione di una connotazione di forte disvalore al suicidio, visto come condotta lesiva non solo dell'individuo ma degli interessi dell'intera collettività[49], incriminava le condotte di istigazione ed aiuto al suicidio e introduceva nel nuovo codice Rocco l'autonoma fattispecie dell'omicidio del consenziente[50], la dottrina commercialistica percorreva altre strade, interessata soprattutto a delineare il significato di quell'aggettivo *volontario*, inserito nel codice di commercio e foriero di molteplici dubbi ermeneutici[51].

I gius-commercialisti - ed alcuni penalisti che ad essi si affiancavano nel dibattito ritenendosi "meglio attrezzati" a risolvere le problematiche che la materia sollevava[52] -

rapports réciproques, Paris 1840 e A. Legoyot, *Le suicide ancien et moderne, étude historique, philosophique et statistique*, Paris 1881), "fra tutte le degenerazioni psichiche la più suscettibile di essere trasmessa per eredità a parecchie generazioni". C. Vivante, *Il suicidio nelle assicurazioni sulla vita*, cit., p. 15.

[47] *Ibidem.*

[48] Tra le Compagnie che adottavano tali polizze, Vivante ricordava le *Assicurazioni generali* triestine, la *Fenice* di Vienna, la *Reale*, la *Popolare* di Milano, le anglosassoni *Gresham, Equitable* e *New-York*. Ivi, p. 17.

[49] Cfr. R. Marra, *Suicidio e diritti. Un'alternativa a costruzioni eziologiche e programmi terapeutici* in "Materiali per una storia della cultura giuridica" XX (1990), pp. 211 ss.

[50] Artt. 579 e 580 cod. pen.

[51] Non sembra opportuno in questa sede soffermarsi su un ulteriore problema che si ripresenta con insistenza ogni qualvolta sia in sede processuale che dalle pagine delle opere dottrinarie si discute di suicidio ed assicurazioni, vale a dire quello relativo all'onere della prova sull'avvenuto suicidio e sulla sua volontarietà, su cui non esiste concordanza di opinioni.

[52] "Lo studio del suicidio nelle assicurazioni sulla vita è argomento che appartiene al diritto commerciale. Ma ad esso può portare un contributo non indifferente lo studioso di diritto penale, appunto perché lo stabilire i casi in cui il suicidio dell'assicurato libera l'assicuratore dagli impegni

seguivano a questo proposito per lo più due differenti percorsi interpretativi. Mentre sul finire dell'Ottocento Vivante si era in larga misura appellato a valutazioni di ordine morale, logico e umanitario e alle prassi commerciali, ci troviamo in questo caso di fronte ad orientamenti in larga parte debitori delle riflessioni che la dottrina penalistica andava svolgendo nei medesimi anni non solo sul concetto di suicidio, ma anche su quelli di dolo ed imputabilità.

Alcuni ricollegavano la volontarietà alla premeditazione, giudicando volontario solo il suicidio di chi, al momento della sottoscrizione della polizza, avesse già preordinato di togliersi la vita, in vista di garantire un lucro al beneficiario[53]. In questo caso l'assicurazione, venendo meno l'elemento del rischio, sarebbe stata comunque nulla. Un accertamento, tuttavia, assai difficile da compiere, che avrebbe comportato una delicata indagine psicologica e costretto a vagliare non solo la consequenzialità temporale tra decisione e stipulazione (se l'una preceda l'altra), ma anche quella logica, se cioè il suicidio fosse effettivamente avvenuto come diretta conseguenza dell'assicurazione[54].

Altri, per contro, nella valutazione della volontarietà, si rifacevano agli strumenti previsti dal diritto penale per definire i concetti di imputabilità e per individuare il comportamento doloso, consacrati rispettivamente dagli artt. 85 e 42-43 del codice Rocco: non solo la volontà, ma anche la coscienza e la capacità di intendere e di volere. Alla luce di questa interpretazione, che teneva conto non solo della sussistenza, ma anche della "qualità" del processo psichico che conduceva il soggetto a privarsi della vita, "l'assicurato folle è innocente non perché l'impulso è estraneo alla sua volontà (la volontarietà – si afferma – può esistere anche in un pazzo ed anzi, il suicidio non può essere che volontario), ma perché è un impulso morboso che non ubbidisce a motivi reali e logici"[55].

Le scienze mediche avevano già da tempo contribuito ad una miglior definizione di

contrattuali e specificamente dal pagamento della indennità riposa sulla soluzione di una quantità di problemi nei quali il penalista è in genere più attrezzato del cultore di diritto privato" in quanto più abituato a risolvere tutti i problemi che si riferiscono alla "spiritualità" degli atti giuridici. F. Alimena, *Il suicidio nelle assicurazioni sulla vita*, in "Assicurazioni", II (1935)/1, pp. 191- 192.

[53] "L'unico suicidio volontario è per me quello di chi si assicura dopo aver deliberato di volersi togliere la vita: si assicura proprio per far lucrare al beneficiario, presto, la somma assicurata" L. Lordi, *Il suicidio nell'assicurazione* in "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", XXXII (1934), parte II, p. 85. Nella stessa occasione Lordi critica quanti pongono il suicidio all'interno della categoria dei sinistri prodotti dall'assicurato, evidenziando al tempo stesso come il carattere di strumento creditizio progressivamente assunto dalle assicurazioni comporti comunque una maggior cautela nella liberazione degli assicuratori. "Il suicidio non può rientrare *tout court* nell'ignominiosa categoria della *produzione del sinistro da parte dell'assicurato*. Non è facile vedere nel suicidio quella grave slealtà contrattuale ch'è l'autoproduzione del sinistro voluta dall'assicurato medesimo. Il suicidio, l'autosoppressione dell'assicurato non è la stessa cosa dell'incendio del villino assicurato: non è la stessa cosa perché è la fine del soggetto. Si aggiunga che il *suicidio dell'assicurato* non solo *non giova a lui* (giova al beneficiario: spesso sono i figli di chi lascia la miseria ed il deserto), ma *può giovare ad un creditore*. Può essere *strumento di credito l'assicurazione*: ed è utile che l'eventuale liberazione dell'assicuratore per suicidio dell'assicurato non rappresenti un guaio pel beneficiario creditore. *L'assicurazione come strumento creditizio* si va svincolando da *eccezioni che non riguardino il beneficiario*". Ivi, p.89.

[54] In questo senso E. Altavilla, *Il suicidio nella psicologia*, cit., pp.384 ss.

[55] Ivi, p. 373.

quegli impulsi e del "propricidio" descrivendolo vuoi come il risultato di una originaria predisposizione cerebrale, vuoi come effetto di disturbi o stati mentali variamente qualificati (monomania, delirio acuto, alienazione mentale cronica, lipemania religiosa o nostalgica, melanconia), per alcuni dei quali rappresentava quasi una naturale evoluzione, "così come la morte per tisi deriva dalla consunzione degli organi respiratori"[56]; tutti casi in cui si riteneva mancasse quella libera e cosciente intenzione di darsi la morte che avrebbe qualificato, al contrario, il suicidio volontario[57].

Ma se dichiarare la non imputabilità e, quindi, la non volontarietà del suicido (e pertanto la non applicabilità dell'art. 450 cod. comm. e di conseguenza la responsabilità dell'assicuratore) era piuttosto semplice in presenza di causa patologiche evidenti, che escludessero la capacità di intendere e di volere, così come anche nei casi di chi si sopprimesse per errore o soggiacesse all'altrui violenza, che dire delle ipotesi di turbamento emotivo e passionale cui spesso l'atto era dovuto?

Il diritto penale aveva progressivamente escluso in questi casi la non imputabilità e il codice Rocco all'art. 90 disponeva espressamente che "Gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità".

La dottrina commercialistica al contrario continuava a tenerne conto, sostenendo come "chi agisce sotto l'impulso di una violenza sia fisica che morale non compie un atto volontario e non è quindi responsabile"[58]. Ignorando totalmente la lezione del diritto penale che riconduceva il concetto di violenza alla sola violenza fisica proveniente da un agente esterno, si riconosceva anche ad un turbamento psicologico del tutto interiore la stessa potenza coercitiva, spingendosi ad affermare– come faceva Cesare Vivante – che se "sotto l'influenza di un dolore, di una vergogna, di uno sgomento cui non poteva resistere l'assicurato si uccide pur prevedendo tutte le conseguenze del proprio fatto [...] non v'è decadenza perché la sua volontà non è libera. Quando la forza irresistibile che lo domina esclude che potesse fare altrimenti di ciò che fece, egli non deve risentire alcun danno"[59].

La forza irresistibile che lo domina… Si recuperava, o per meglio dire, si riesumava, in netta controtendenza con la strada da tempo intrapresa dal diritto penale, per di più interpretandolo nella maniera più ampia possibile, quel concetto di forza alla quale non è possibile resistere che, presente nell'art. 94 del codice penale sardo del 1859 ("Non vi è reato se l'imputato trovavasi in istato di assoluta imbecillità, di pazzia o di morboso furore quando commise l'azione ovvero se vi fu tratto da una forza alla quale non poté resistere"), era stato in passato oggetto di giudizi e polemiche così pesanti da indurre, come noto, alla scelta di non introdurlo nel codice Zanardelli[60].

---

[56] "In alcune malattie mentali (forme distimiche) il suicidio segna l'esaurirsi della capacità biologica a vivere, perché la morte volontaria è la fatale conseguenza del logorio del sistema nervoso, così come la morte per tisi deriva dalla consunzione degli organi respiratori: nell'uno e nell'altro caso si muore perché l'individuo è incapace di vivere". Ivi, p. 374.

[57] Sulle diverse patologie in rapporto al suicidio si vedano, tra gli altri, C. Ravizza, *Il suicidio, il sacrificio della vita e il duello. Saggi psicologici e morali*, Milano 1843, pp. 43 ss., S. Laura, *Trattato di medicina legale*, Torino 1874, pp. 604 ss, che di suicidio si era già occupato nel 1865, sulle pagine del "Giornale della R. Accademia di medicina di Torino" LI, pp. 350 ss; L. Ferrarese, *Della monomania suicida*, Napoli 1884.

[58] C. Vivante, *Del contratto di assicurazione*, cit., p. 427.

[59] C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, cit., IV, n. 1991

[60] Sul percorso che condusse alla scomparsa del concetto di forza irresistibile dal codice penale del

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

Come era naturale, le critiche da parte dei penalisti non mancarono. L'accusa era quella di utilizzare un concetto ormai vecchio e superato, abolito dalla legislazione, calpestando e frustrando le ragioni della legge. "Pietistiche erosioni della legge per la commozione che suscitano le sventurate famiglie dei suicidi" le definiva Enrico Altavilla - "rese possibili da quella indifferenza che si ha nel pronunziare condanna di potenti compagnie", in cui si confondevano "i motivi che influenzano il fenomeno della volontà con la volontà"[61].

La censura era rivolta non solo ai colleghi commercialisti, ma anche e soprattutto ai tribunali ed alla giurisprudenza che da tempo si era dimostrata, su questi temi, in sintonia con la dottrina. La Cassazione romana nel 1910, con una sentenza destinata a rappresentare il basilare punto di riferimento per tutte le successive, concordava con il giudice d'appello che aveva ritenuto involontario il suicidio di un sacerdote a seguito dello sconforto per l'insuccesso di una pubblicazione sostenendo che "per aversi volontarietà non basta la coscienza dei propri atti, cioè la consapevolezza intellettiva dell'azione, ma occorre altresì la libertà dei propri atti, cioè la potestà della scelta, la possibilità di operare altrimenti. Non solo una forza fisica, ma anche una forza psichica o morale può influire sulla volontà agendo come invincibile coercizione, soggettivamente equiparabile alla forza fisica: *voluntas coacta nulla voluntas*. Involontario quindi non è soltanto il suicidio del folle che non ha la coscienza dei propri atti, ma anche il suicidio di colui che, pur conoscendone la gravità e le conseguenze, non è in grado di poterlo evitare, perché il dolore, le avversità, lo sconforto hanno così violentemente influito sulla sua volontà da togliergli la potenza della scelta anche di fronte all'istinto della propria conservazione"[62].

Nella definizione di suicidio volontario, ai fini della risoluzione del contratto di assicurazione sulla vita, alla volontà e coscienza dell'atto compiuto, alla capacità di intendere e di volere, si veniva così ad aggiungere la necessità di valutare un ulteriore elemento, la libertà di operare altrimenti, libertà che un turbamento emotivo ed interiore, al pari della violenza da altri esercitata, faceva venire meno.

Ed è in sintonia con questo orientamento che già in piena vigenza del codice penale Rocco le corti di giustizia continuavano a dare un significato restrittivo all'espressione suicidio volontario escludendolo non solo in presenza di cause patologiche ma anche in circostanze diverse. Il riferimento alla forza irresistibile era

1889 si veda E. Dezza, *Imputabilità e infermità mentale: la genesi dell'articolo 46 del codice Zanardelli* in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXI (1991)/1, pp. 131-158 ora anche in Id., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano 1992, pp. 281-316. Il richiamo alla forza irresistibile tuttavia sopravviveva ancora nell'art. 56 del Codice penale militare del 1869 ("Non vi ha reato se l'imputato trovavasi in istato di assoluta imbecillità, di pazzia o di morboso furore quando commise l'azione. Non vi sarà neppur reato se l'imputato vi fu tratto da forza alla quale non potè resistere. Tuttavia pei reati contemplati nei primi sei capi del titolo II del presente libro" (si trattava di reati quali tradimento, spionaggio, ammutinamento, diserzione) "non potrà questa forza essere invocata che quando sia fisica e materiale". *Codice penale per l'esercito del Regno d'Italia*, Firenze 1869. Norma pressoché identica nel *Codice penale militare marittimo del Regno d'Italia*, Firenze 1869, art. 56.

[61] E. Altavilla, *Il suicidio nella psicologia*, cit., pp. 375-376.

[62] "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", X (1912)/2, pp. 108-113. Concorda con la sentenza la nota di G. Valeri, *In tema di volontarietà del suicidio nell'assicurazione sulla vita* in calce alla stessa.

ormai quasi, anche se non del tutto, scomparso, ma abilmente giocando sul disagio morale e talvolta, con l'ausilio delle perizie mediche e delle scienze psichiatriche, sul presunto ruolo delle passioni nello scatenare manifestazioni riconducibili ad un carattere di morbosità [63], i giudici spesso confermavano la responsabilità degli assicuratori anche nel caso di stati passionali o di depressione psichica conseguente all'impossibilità di sottrarsi alle disonorevoli conseguenze delle proprie azioni[64].

Prendiamo, come esempio, la causa *Compagnia assicuratrice* La Phoenix *c. Zenon* dibattuta nell'estate del 1932 presso la Corte d'Appello di Roma e giunta in Cassazione l'anno successivo[65]. È da rilevare che in questo caso la controversia ruotava non tanto intorno al concetto di suicidio volontario, quanto piuttosto a quello di suicidio cosciente, dal momento che la polizza, derogando all'art. 450 cod. comm. aveva escluso l'ipotesi "di morte datasi coscientemente".

L'assicurata, moglie dello Zenon, era deceduta a seguito dell'assunzione di una forte dose di tranquillanti. Il tribunale di primo grado aveva ritenuto non sufficientemente provata la causa volontaria della morte, se cioè l'ingestione del narcotico fosse dovuta ad un tragico errore o a deliberato proposito di togliersi la vita e aveva quindi condannato gli assicuratori, che al contrario sostenevano l'ipotesi del suicidio, al pagamento di quanto dovuto. La *La Phoenix* aveva presentato appello e la controversia era giunta alla corte romana. Questa aveva respinto le richieste della compagnia, riconoscendo che si trattava di suicidio cui la donna era stata spinta dalla fine della relazione con il proprio amante ma escludendo che lo avesse fatto coscientemente. Per parlarsi di suicidio cosciente - sosteneva la Corte – "è necessario che l'assicurata sappia non solo che il gesto che compie è capace di produrre la morte, ma che sia libera fisicamente e psichicamente di farlo. Quando la potenza dei centri inibitori si affievolisce e più non si può reagire energicamente ed efficacemente alla violenza di uno stato passionale, al grave turbamento di un intenso dolore, allo sconvolgimento di un'idea ossessionante, il suicida, ancorché non ammalato di mente, non compie quest'atto volontariamente e coscientemente perché non ha libertà di scelta"[66]. La causa era giunta in Cassazione, che ancora una volta aveva dato ragione al marito dell'assicurata ma aveva preferito poggiarsi sul più sicuro terreno dello squilibrio mentale "patologico", sullo "speciale stato d'animo determinato dal

[63] Per una panoramica d'insieme sulle diverse posizioni si veda E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano 2015, specialmente pp. 82 ss.

[64] Tribunale di Milano, *Franchini c. L'"Abeille"*, in "Assicurazioni", I (1934)/2, pp. 170-176, dove l'assicurato si era suicidato per il timore di perdere l'impiego e di una denuncia per aver sottratto denaro alla ditta presso cui lavorava. Sull'importanza delle perizie mediche nel processo penale nel XIX e XX secolo si veda F. Rotondo, *Un dibattito per l'egemonia: la perizia medico legale nel processo penale italiano di fine Ottocento*, in "Rechtsgeschichte", 12 (2008), pp. 139-173; E. Daggunagher, *Educazione giuridica del medico legale ed educazione medica del giurista: il rapporto fra la perizia e la formazione del libero convincimento del giudice* in *Formare il giurista. Esperienze nell'area lombarda tra Sette e Ottocento,* M. G. di Renzo Villata (cur.), Milano 2004, pp. 607-626. Per il periodo precedente cfr. A. Pastore, *Il medico in tribunale. La perizia medica nella procedura penale d'antico regime (secoli XVI-XVIII)*, Bellinzona 1998. Sull'ingresso della psichiatria e della psicanalisi nelle aule dei tribunali rinvio a P. Marchetti, *L'inconscio in tribunale. Azioni incoscienti e diritto penale. Da Charcot alle neuroscienze*, Milano 2014.

[65] Cfr. "Assicurazioni", I (1934)/2, pp. 1-8, con nota critica di E. Altavilla *Il suicidio e l'art. 450 cod. comm.* pubblicata in calce.

[66] Ivi, p. 6.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

tormento per l'idea ossessiva della rottura della sua relazione amorosa" cui l'abbandono dell'amante avrebbe condotto la donna, già vittima di esaurimento nervoso e responsabile nell'anno precedente di tentato suicidio[67].

Nel momento in cui le passioni venivano trasferite dal delicato terreno del diritto penale, dove la eccessiva facilità di assoluzione per chi avesse agito per motivi passionali diveniva un problema di tipo anche politico, minaccia per "la fibra della Nazione"[68], a quello assai meno rilevante, in termini di difesa e immagine dello Stato, del diritto commerciale, i giudici assai spesso dimostravano di preferire agli interessi delle compagnie "una pietosa ingiustizia" nei confronti delle famiglie degli assicurati suicidi[69], allargando ogni volta che fosse possibile il ventaglio delle ipotesi di "non volontarietà". Supportati dalle scienze mediche, i magistrati aggiravano tanto l'ostacolo dell'art. 450 del codice di commercio che quello dell'art. 90 del codice Rocco facendo assurgere gli stati emotivi e passionali a vere e proprie malattie. Ecco quanto sosteneva il tribunale di Milano nel 1934

> Si deve di volta in volta indagare lo stato psicologico e soggettivo dell'assicurato al momento in cui compie il suicidio, prendendo in ausilio l'avviso dei medici.
> Non basta dunque che chi si uccide sappia che si uccide, che preveda tutte le conseguenze del suo atto, ma è necessario che la sua volontà sia libera di compiere l'atto medesimo.
> Il collegio ammette che non ogni suicidio costituisca una espressione di disordine mentale, ma non si può però disconoscere che il suicidio è quasi sempre l'effetto di una crisi affettiva e momentanea, ossia della cosiddetta disperazione la quale, per usare le parole di un insigne scrittore di psichiatria, è «il fallimento psichico che rompe le comunicazioni tra la nostra anima e la realtà, in quanto toglie la giusta visione dell'avvenire mentre ingrandisce in modo smisurato l'immagine del triste presente» […]
> Non è necessaria che sussista intrinsecamente una causa patologica, una predisposizione alla malattia mentale. Perché anche in cervelli sani e ben costruiti l'eccesso della sventura può creare uno scompenso affettivo con disgusto irrefrenabile della vita, che conduce al suicidio.
> Le sofferenze fisiche, quindi, gli affanni morali, le amarezze, i rovesci di fortuna, vergogne, disinganni improvvisi, il pericolo di una condanna penale, la morte di persone care, possono apportare l'intolleranza ed il disgusto della vita.
> In tali casi la volontà di vivere, l'ottimismo fisiologico rimangono per un momento annientati sotto il peso non di una malattia antecedente, nel vero senso della parola, ma di un trauma psichico che sconnette ogni equilibrio affettivo. Ciò specialmente avviene negli stati melanconici, nei quali una forte reazione ad una sofferenza morale crea uno stato di smarrimento, una conflagrazione morbosa di affetti, un equivalente della disperazione che ha per risultante il suicidio.
> La causa allora che provoca il suicidio non può evidentemente escludersi che sia di natura

[67] Ci si trovava in questo caso in presenza, a parere della Corte di cassazione "di quel fenomeno ossessionante che perturba lo stato di equilibrio, altera i processi creativi, allenta le funzioni inibitorie e sbocca nella reazione irragionevole e sproporzionata del suicidio", *ibidem*.

[68] Si veda al proposito G. Gregoraci, *La circolare del ministro Rocco ed il problema della imputabilità nei reati passionali* citato da E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, cit., p. 77, nota 170. Sul rapporto tra fascismo e diritto penale si vedano M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo* in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 28 (1999)/2, pp. 817-850 (ora anche in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, II, pp. 1001-1034) e da ultimo i saggi raccolti nel volume L. Lacchè (cur.), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma 2015.

[69] C. Vivante, *Il suicidio nelle assicurazioni sulla vita*, cit., p. 23.

psicopatologica[70].

6. La soluzione della prassi

In campo commerciale la soluzione migliore, e destinata al successo, sortì però dalla pratica assicurativa. Quella prassi che, sia pure dopo qualche incertezza e oscillazione, da tempo aveva iniziato ad offrire una concreta soluzione alle ambiguità normative e a rappresentare un punto fermo di fronte alle incertezze interpretative, a quei "campi nebulosi ed incerti" – come li definiva Giuseppe Fanelli dalle pagine del *Nuovo Digesto*[71] - in cui si erano mosse fino ad allora dottrina e giurisprudenza.

A dettare la disciplina del suicidio in campo assicurativo finirono così per essere le polizze. Certo, per quanto censurata da parte della dottrina giuscommercialistica e della giurisprudenza, la pratica assicurativa si era spinta talvolta oltre il dettato codicistico in senso peggiorativo, negando ogni diritto agli eredi/beneficiari del suicida anche nell'ipotesi di infermità mentale[72]; in altri casi, come abbiamo visto, aveva sostituito nelle polizze l'espressione "suicidio cosciente" a quella di suicidio volontario, contribuendo, nella ricerca di chiarezza, a creare maggior confusione. Le Compagnie, però, superando il concetto di volontarietà, sempre più spesso ammettevano espressamente, attraverso specifiche clausole contrattuali e sia pure in presenza di ben precise condizioni, la copertura assicurativa anche nell'ipotesi di suicidio volontario.

Una prassi mutuata dal mondo anglosassone e già comunemente osservata da molte compagnie di assicurazioni, che era stata consacrata anche dall'Istituto Nazionale delle assicurazioni che nel 1913 prevedeva come: "Quando la morte dell'assicurato avviene per suicidio, anche volontario o in conseguenza di tentato suicidio [...] dopo sei mesi dall'emissione o riattivazione della polizza l'Istituto nazionale paga l'intera somma assicurata".

Sulla validità di tali clausole non esistevano dubbi. Dottrina e giurisprudenza in Italia erano assolutamente concordi su alcuni punti: l'art. 450 del codice di commercio aveva carattere dispositivo e non imperativo e pertanto una convenzione contraria era sempre possibile; inoltre il suicidio non era penalmente perseguibile e non poteva essere considerato un atto illecito neppure ai sensi del codice civile, in quanto una clausola che lo prevedesse non contrastava né con l'art. 12 delle preleggi né con gli art. 1119 e 1122 c.c. che per la illiceità richiedevano che la causa del contratto contrastasse una legge – ed il suicidio era comunque giuridicamente lecito - o fosse contraria al

[70] "Assicurazioni", I (1934)/2, pp. 172- 173.

[71] G. Fanelli, voce *Assicurazione sulla vita (contratto di)* in *Nuovo Digesto italiano*, Torino 1937, p. 853.

[72] Alcune Compagnie sostenevano al riguardo che, stante il disposto della norma del codice e la facoltà ad esse concessa di derogarvi, ogni qualvolta all'interno delle polizze venisse inserita una clausola di esclusione sotto la generica dizione "suicidio" con il termine andava inteso tanto il suicidio volontario che quello involontario; "diversamente un patto simile non si comprenderebbe, bastando la norma del codice di commercio". Cfr. Cass., 8 luglio 1933 in "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", XXXII (1934), parte II, pp. 81-105, in cui la posizione della Compagnia assicuratrice viene comunque censurata. "Clausola senza pietà e senza giustizia, che colpisce ciecamente l'innocente e il colpevole" - l'aveva definita Vivante- dinanzi a cui "è lecito domandarsi se non sarebbe giustificato l'intervento legislativo per proibire alle polizze di derogare alle norme più eque del Codice". C. Vivante, *Del contratto di assicurazione* in *Codice di commercio commentato* coordinato dai professori Leone Bolaffio e Cesare Vivante, V ed., Torino 1922, VII, p. 425.

buon costume, cioè alla morale sessuale, o all'ordine pubblico, elementi assenti nel caso specifico[73].

Proprio a queste clausole si ispirarono i diversi progetti di codificazione commerciale che costellarono il panorama legislativo della prima metà del Novecento. Se infatti nel 1921 il *Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio* della Commissione ministeriale per la riforma della legislazione commerciale, presieduta da Cesare Vivante, nell'art. 604, rimaneva ancora fedele alla tradizione normativa precedente ("Se l'assicurazione è contratta sulla vita propria per il caso di morte, il suicidio dell'assicurato libera l'assicuratore, a meno che sia stato compiuto in condizioni tali da escludere la libertà e coscienza dei propri atti")[74], i progetti successivi presero strade diverse, prevedendo un periodo di carenza di durata variabile da uno a due anni.

In questo senso l'art. 484 del Progetto della Commissione reale per la riforma dei Codici del 1925 che adottava una formula "mista": "Se l'assicurazione è contratta sulla vita propria per il caso di morte, il suicidio dell'assicurato che avvenga dopo un anno dalla conclusione del contratto o dalla cessazione della sua eventuale sospensione non libera l'impresa assicuratrice, qualunque ne sia la causa. Se il suicidio avvenga prima dell'anno, l'assicuratore è liberato a meno che i beneficiari provino che sia stato compiuto in condizioni tali da escludere la libertà o la coscienza dei propri atti"[75], mentre il richiamo alla libertà e coscienza scompariva del tutto nel *Progetto ministeriale* del 1940 (art. 584 (Suicidio dell'assicurato). "In caso di suicidio dell'assicurato da qualunque causa determinato, avvenuto prima che siano compiuti due anni dalla stipulazione del contratto l'assicuratore non è tenuto al pagamento delle somme assicurate salvo patto contrario. Del pari l'assicuratore non è obbligato se, essendovi stata sospensione del contratto per mancato pagamento dei premi, non siano compiuti due anni dalla cessazione della sospensione stessa")[76].

Si giungeva in questo modo alla configurazione della disciplina attuale: l'art. 1927 c.c. intitolato al suicidio dell'assicurato dispone che "In caso di suicidio dell'assicurato avvenuto prima che siano decorsi due anni dalla stipulazione del contratto l'assicuratore non è tenuto al pagamento delle somme assicurate salvo patto contrario. L'Assicuratore non è nemmeno obbligato se essendovi stata sospensione del contratto per mancato pagamento dei premi non sono decorsi due anni dal giorno in cui la sospensione è cessata".

Adottando una argomentazione *a contrario* quindi il Codice civile dispone che qualora il suicidio avvenga dopo che siano trascorsi due anni dalla stipulazione del contratto, l'assicuratore sarà tenuto comunque a pagare; in sostanza si traduce in norma quanto, sostituendosi all'ambiguità del legislatore ottocentesco, si era già

[73] Va rilevato come all'estero non ovunque valessero le stesse regole; così in Francia dove permaneva una interpretazione piuttosto rigorosa ed il divieto per le Compagnie di inserire clausole più favorevoli all'assicurato. Cfr. M. Ziino, *Il suicidio in alcuni recenti disegni di legge sul contratto di assicurazione* in "Archivio giuridico 'Filippo Serafini'", LXXV (1905), pp. 338-352.

[74] *Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio*…, Milano 1922.

[75] *Codice di commercio. Commissione reale per la riforma dei Codici. Sottocommissione B*, Roma 1925.

[76] L'articolo e il progetto sono citati da F. Alimena, *Il suicidio nella formulazione della nuova legislazione*, cit., p. 228, dove ricorda anche il *Progetto Mossa*, art. 126 "L'assicuratore è obbligato anche per il suicidio dell'assicurato quando si verifica dopo un anno dalla conclusione del contratto. Se avviene prima dell'anno l'assicuratore deve rimborsare la riserva matematica agli aventi diritto".

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 29

andando definendo attraverso il dibattito dottrinale e giurisprudenziale ma soprattutto grazie alla prassi assicurativa[77].

[77] L'art. 1927 c.c. ammette comunque deroghe sia allargando la copertura che in senso meno favorevole all'assicurato. Si veda al proposito Cass. 17.7.1991 n. 7956.

Historia et ius - ISSN 2279-7416
rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 31

Alfons Aragoneses*

Cadáveres silenciados. El derecho español y las fosas de la represión franquista

SUMARIO: 1. Introducción: Los cadáveres del Escorial - 2. 1936-1958: ocultar los cadáveres de la guerra civil y de la represión franquismo - 3. 1958-1975: la "operación caídos". ?Necropolítica al servicio de la dictadura? - 4. 1975-2000: amnistía de la transición y olvido de la democracia - 5. 2000-2016: "La rebelión de los nietos": movimiento memorialístico y la exhumación de fosas – 6. Conclusiones: los cadáveres que no desaparecen y el derecho

1. Introducción: Los cadáveres de El Escorial

En San Lorenzo de El Escorial, a unos cincuenta kilómetros de Madrid, se levanta imponente el Real Monasterio que ordenase construir Felipe II. Ese Palacio fue expresión en piedra de la fe de este monarca, máximo defensor de los principios del Concilio de Trento. Allí, en una cripta debajo de la basílica central se encuentra el Panteón de Reyes: una sala forrada de mármol que alberga 26 sepulcros con los restos mortales de la mayoría de reyes de la Monarquía Hispánica y de España. Allí reposan los huesos de monarcas desde Carlos I hasta Juan de Borbón, aunque los restos de este rey de iure pero no de facto se encuentran todavía hoy, como manda la tradición, en el pudridero contiguo[1].

Imágenes de esta sala barroca ilustran catálogos, libros e incluso tarjetas postales que animan al turista a visitar el Real Sitio. No es la decoración lo que más interesa de esa sala, sino los cadáveres que allí reposan y que permiten una cercanía con restos de cuerpos reales, con cadáveres con trascendencia histórica, que se da en pocos lugares más.

El viajero que visite el monasterio y su Panteón de Reyes tiene a pocos kilómetros una opción de alojamiento que interesa a este relato sobre la historia y los cadáveres. Esta posibilidad para pernoctar se anuncia en la fecha en que este artículo se escribe en buscadores de internet: la Hospedería de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.

Se trata ni más ni menos de la hospedería de la Abadía benedictina inaugurada el 17 de julio de 1958, durante la fiesta del triunfo de la Santa Cruz, que no es otra cosa que la victoria franquista en la guerra civil. De hecho, y esto es lo realmente escandaloso, estamos hablando de la Santa Cruz del Valle de los Caídos: es el mausoleo construido por Franco en el que reposan los restos del dictador, fallecido el 20 de noviembre de

* Profesor visitante en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) e investigador asociado del Instituto Max Planck de Historia del Derecho europeo (Frankfurt am Main). Esta investigación se inscribe dentro del Proyecto HICOES ?Tradición y Constitución: problemas constituyentes de la España contemporánea? financiado por el Ministerio español de investigación y competitividad (DER2014-56291-C3-1-P).

[1] Fue Felipe IV quien decidió, contra lo diseñado por Felipe II, construir un Panteón en el que reposasen los cuerpos de reyes y madres de reyes. Vid. J. R. de la Cuadra Blanco, *La idea original de los enterramientos reales en el Escorial*, in "ACADEMIA. Boletín de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando" 85 (1997), pp. 374-413.

1975, y de José Antonio Primo de Rivera, fundador del partido filofascista que sirvió de fachada a la dictadura, fallecido el 20 de noviembre de 1936.

Su construcción comenzó en 1940 y terminó en 1958. Tenía el objetivo de "perpetuar la memoria de nuestra Cruzada (sic), los heroicos sacrificios que la victoria encierra y la trascendencia que ha tenido para el futuro de España esta epopeya"[2]. Para ello se eligió este rincón de la Sierra de Guadarrama, lugar mítico en los discursos políticos y en la literatura de España desde finales del siglo XIX[3].

Trabajaron en su construcción prisioneros de guerra republicanos que de esta forma redimían parte de su pena[4]. La mortalidad de los obreros durante los trabajos fue altísima, como atestiguan todavía hoy vecinos de San Lorenzo de El Escorial. Hoy este mausoleo pertenece a Patrimonio Nacional, que hasta hace muy poco no informaba del significado político de este monumento, como tampoco lo hacen los buscadores de hoteles de internet[5].

Los cuerpos de estos dos personajes no están solos en este rincón de la Sierra de Guadarrama: les acompañan los restos mortales de 33.847 personas que lucharon y murieron en la guerra civil española. La mayoría de ellos pertenecen a soldados del bando franquista, pero también hay cuerpos de republicanos que murieron defendiendo la II República. Esto fue posible porque en los años 60, en plena campaña de transformación de la fachada del régimen, se decidió sustituir los discursos de la victoria por los de la paz y la reconciliación. Mas este discurso falla precisamente por la presencia de esos cuerpos de republicanos en el Valle de los Caídos: fueron trasladados allí desde todas las provincias españolas sin consultar a sus familiares ni tener su autorización[6].

El menosprecio hacia estos cadáveres y la normalización y banalización de la causa de su muerte explican que se oferten allí habitaciones de hotel sin ningún tipo de problema. Pero tampoco es el primer caso de utilización de un lugar de la memoria de las víctimas para dar alojamiento a turistas[7]. Los cadáveres del Valle de los Caídos explican también la difícil relación del Estado y del derecho españoles con los muertos republicanos de la guerra civil y de la represión franquista.

El silencio del derecho español sobre los cadáveres de la dictadura contrasta con su presencia en los debates sociales y políticos. La causa es conocida: en 2016 existen todavía más de 110.000 cadáveres de víctimas del franquismo enterrados en fosas comunes a lo largo y ancho de la geografía española. España es de hecho el segundo

[2] Decreto de 1 de abril de 1940 disponiendo se alcen Basílica, Monasterio y Cuartel de Juventudes, en la finca situada en las vertientes de la Sierra del Guadarrama (El Escorial), conocida por Cuelga-muros (sic.), para perpetuar la memoria de los caídos en nuestra Gloriosa Cruzada. Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) 93, 02.04.1940, p. 2240.

[3] S. del Molino, La España vacía, Madrid 2016, pp. 137 y ss.

[4] Q. Solé i Barjau, *Els morts clandestins. Les fosses comunes de la Guerra Civil a Catalunya (1936-1939)*, Barcelona 2008, pp. 57 y ss.

[5] A. Aragoneses, *España: de la desmemoria a la memoria neofranquista*. Eldiario.es, 12.03.2014.

[6] Q. Solé i Barjau, *Els morts clandestins*, cit.; también Q. Solé i Barjau, *El secret del Valle de los Caídos. Els noms dels milers de morts traslladats per Franco des de les fosses catalanes*. Catarroja 2008.

[7] La página de búsquedas Booking prefirió reembolsar a un cliente las dos noches en el Parador de León antes que publicar un comentario en el que se informaba que ese edificio había albergado un campo de concentración franquista. "El turismo se lleva mal con la memoria histórica", Eldiario.es, 14.06.2014.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 31

país con más cadáveres en fosas comunes. El primer puesto le corresponde a Camboya, a tenor de las cifras oficiales de Naciones Unidas.

Los muertos de la guerra no se ven pero están presentes en numerosos municipios y también en la memoria de familiares de personas que fueron ejecutadas dentro del plan de exterminio del franquismo. El derecho, como avanzaba, silencia esta realidad y evita regularla, aunque esto suponga la vulneración de compromisos de derecho internacional del Estado español. Esta situación contrasta con la de otros países que sí han regulado el tratamiento de los cuerpos, obligando a las autoridades a recuperarlos y darles sepultura digna. Es el caso de la víctimas de la II Guerra mundial y también de las de genocidios y guerras del siglo XX: desde Bosnia a Rwanda, los Estados y el derecho internacional han considerado que los restos humanos de las fosas implicaban una obligación por parte del Estado de exhumar, identificar, sepultar dignamente e investigar las causas de la muerte para satisfacer los derechos de los familiares[8].

En España, en cambio, el derecho calla y también lo hace el Estado. Si bien la ley mal llamada de memoria histórica preveía la asistencia financiera a las asociaciones de víctimas que desde 1999 se dedican a exhumar esos cadáveres y a dignificar las fosas, desde 2011 la partida presupuestaria para aplicar esa ley es cero. A este hecho se le une la sentencia del Tribunal Supremo español que en 2012 estableció que la investigación sobre las causas de la muerte de las personas enterradas en fosas correspondía a los historiadores, no a los tribunales.

Debemos tener en cuenta que la causa de los familiares de las víctimas y de las asociaciones que trabajan en la exhumación y dignificación de las fosas ha generado una cultura política transversal compartida por miles de personas. Estamos hablando de lo que Mbembe denominó necropolítica[9]. En el caso español la necropolítica que ignora los cadáveres está también ignorando esa cultura y su potencial visual, con imágenes de las exhumaciones que son reproducidas por la prensa de todo el mundo, su poder social y emocional.

Este olvido cuando no menosprecio a los cadáveres de la represiòn franquista no es reciente y se explica por la particular transición de la dictadura a la democracia. Durante aquel proceso no se dio justicia a las víctimas ni tampoco se impuso desde el derecho un relato sobre el pasado: el legislador dejó un vacío discursivo. El Estado no se pronunció ni por ley ni por otros actos sobre lo que había acaecido entre 1936 y 1975. No impuso ningún relato sobre el pasado. Pero en el derecho y en la política, como en la física de fluidos, los vacíos tienden a colmarse con discursos o comportamientos preexistentes.

Esto es lo que sucedió durante la transición y también durante la democracia. El silencio, la falta de un relato oficial permitió que el relato oficial del franquismo que había sido interiorizado por grandes capas de la sociedad fuese ocupando el vacío dejado por el legislador. Desde los años sesenta ese relato presentaba la guerra civil como un "conflicto entre hermanos" en el que las responsabilidades y los crímenes se reparten a partes iguales. Ese mismo relato presentaba la "paz" del franquismo como

[8] Vid la obra colectiva coordinada por É. Anstett, J.-M. Dreyfus y S. Garibian, *Cadáveres impensables, cadáveres impensados. El tratamiento de los cuerpos en las violencias de masa y los genocidios*, Buenos Aires 2013.

[9] A. Mbembe, *Necropolitique*, in "Raisons politiques" 21 (2006), pp. 29-60. Sobre necropolítica en casos actuales, incluyendo el español, vid. F. Ferrándiz and A. C. G. M. Robben, *Necropolitics Mass Graves and Exhumations in the Age of Human Rights*, Philadelphia 2015.

base del crecimiento económico de los 60 e imponía el olvido del pasado como condición para poder avanzar hacia el futuro.

Es en definitiva un discurso que normaliza y naturaliza artificialmente una dictadura, intentando extraerle cualquier significado político llegando a banalizar la represión y la existencia de fosas comunes. Y ese es el discurso que ha ocupado los vacíos producidos por el silencio del legislador[10]. No dejan de interesar los cadáveres, como demuestran los esfuerzos invertidos en localizar el de Miguel de Cervantes y su presentación como trofeo[11]. Interesan los cadáveres pero se normalizan y banalizan los de la represión franquista.

En las siguientes páginas trataré de mostrar el trato que da el derecho español a los cadáveres de la guerra desde 1939 hasta nuestros días. Analizaré la relación entre la reconstrucción del pasado por parte del Estado y sus implicaciones en el trato que este da a los cadáveres. Presentaré como las exhumaciones que comenzaron hace casi veinte años han generado cultura política pero también demandas que se traducen en lenguaje jurídico.

2. 1936-1958: ocultar los cadáveres de la guerra civil y de la represión franquismo

Nuestra historia comienza en julio de 1936, fecha del golpe de Estado fallido que comenzó la guerra civil. Se desconocen exactamente cuántas víctimas provocó la guerra civil. Paul Preston habla de 200.000 muertos en las retaguardias y 300.000 en los frentes[12]. A estos habría que sumar los miles de asesinados después del final formal de la guerra el uno de abril de 1939 y los fallecidos por enfermedades o hambre en prisiones, campos de concentración, o en trabajos forzosos.

El golpe de Estado del 18 de julio fracasa en buena parte del territorio pero triunfa en otras: Galicia, Castilla la Vieja, Navarra y buena parte de Aragón y de Andalucía. En estas zonas no hubo por tanto guerra civil entendida como combates entre dos grupos. Triunfaron los franquistas desde la primera hora. No hubo guerra pero sí asesinatos de izquierdistas, masones, funcionarios y autoridades republicanas y maestros de la escuela republicana. Mirando cualquier mapa de fosas comunes sorprende la cantidad de ellas en zonas en las que teóricamente no hubo guerra.

A medida que los franquistas iban conquistando nuevos territorios se eliminaba físicamente de ellos a aquellas personas consideradas no afines a la "causa nacional", aumentando el número de víctimas y de fosas comunes. El caso de Badajoz, con miles de muertos en pocos días, es quizás el caso más extremo de esta violencia. A este tipo de asesinatos hemos de sumar los caídos en el frente, en combate, muchas veces enterrados también en improvisadas fosas. En otras ocasiones, como en la batalla del Ebro, los cuerpos eran sencillamente abandonados sobre el terreno.

También hubo violencia en la retaguardia republicana, especialmente en los primeros meses posteriores al golpe de Estado fallido que convirtió a la República en un Estado también fallido e incapaz de asegurar la vigencia de la ley y la Constitución. Hubo asesinatos de religiosos y de derechistas. Destacan el caso de Paracuellos de

[10] Sobre este tema vid. A. Aragoneses, *Legal silences and the memory of Francoism in Spain*, in U. Belavusau – A Gliszczynska-Garabias, *Memory Laws*, Cambridge 2017 (en prensa).

[11] "Hallado el ataúd de Cervantes". El País. 26.01.2015.

[12] P. Preston, El Holocausto español, cit., 17

Jarama, cerca de Madrid, con miles muertos a manos de milicias comunistas, y la violencia de grupos de anarquistas y delincuentes comunes en Barcelona, Cataluña.

Paul Preston habla de Holocausto español para referirse a estos asesinatos[13]. Julián Casanova habla de "violencia selectiva", que no excluye que fuese sistemática.[14] Francisco Espinosa ha demostrado que la violencia en el bando franquista fue sistemática, organizada y un elemento central de la construcción de un nuevo Estado[15]. Pelai Pagès también habla de política de exterminio del enemigo en el bando franquista.[16]

En todo caso la violencia en una y otra retaguardia difieren en lo fundamental. Mientras en territorio franquista encontramos una violencia sistemática, organizada y dirigida por las autoridades, en las zonas controladas por la República lo que hubo generalmente fue violencia de grupos armados de anarquistas, delincuentes comunes y personas que arrastraban rencillas desde generaciones pasadas. Sin rechazar la responsabilidad del gobierno republicano o de partidos en el poder, no podemos olvidar que la República era desde julio de 1936 un Estado fallido.

La violencia franquista formaba parte de un proyecto nacionalista que implicaba la eliminación física de sus enemigos: izquierdistas, catalanistas, vasquistas y andalucistas, masones e incluso maestros de las escuelas republicanas. Espinosa afirma, basándose en discursos y documentos oficiales del nuevo régimen dictatorial, que la eliminación física del enemigo era parte del proyecto de crear una nueva España.

En la zona controlada por el gobierno de la República hubo asesinatos por causas religiosas, políticas o de clase. Pero no hubo un proyecto de eliminación sistemática del enemigo. Prueba de ello es que las autoridades republicanas, una vez pasado el momento revolucionario de 1936, iniciaron investigaciones para esclarecer los asesinatos en muchos casos mediante la exhumación de cadáveres. Es el caso de los trabajos dirigidos por el juez Bertran de Quintana, encargado de investigar los asesinatos en Cataluña y cuya figura ha sido estudiada recientemente por Oriol Dueñas y Queralt Solé[17].

En todo caso todas las violencias de la guerra que terminó formalmente pero no de facto el uno de abril de 1939, supusieron la creación de cientos de fosas comunes en todo el territorio nacional. A medida que el Estado franquista conquistaba territorios organizaba la exhumación, identificación y digna inhumación de sus víctimas. Una vez acabada la guerra los muertos del bando vencedor fueron exhumados y su fallecimiento formó parte de la llamada Causa General[18].

---

[13] P. Preston, *The Spanish Holocaust: Inquisition and Extermination in Twentieth-Century Spain*. London 2012. Aquí he utilizado la version en castellano: P. Preston, *El Holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*, Barcelona 2011.

[14] J. Casanova and C. Gil Andrés, *Twentieth-Century Spain. A History*. Cambridge 2014, p. 168.

[15] F. Espinosa (Ed.) *Violencia Roja y Azul. 1936-1950*, Barcelona 2010.

[16] P. Pagès, *La represión franquista durante la guerra civil*, in M. Capellà - D. Ginard (coordinadores), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*. Palma, 2009, 19-42.

[17] O. Dueñas - Q. Solé, *El jutge dels cementiris clandestins. Josep M. Bertran de Quintana, 1884-1960*, Barcelona 2012.

[18] J.L. Ledesma, *La "Causa General": Fuente sobre la violencia, la Guerra Civil (y el franquismo)*, in "Spagna Contemporanea", 28 (2005), pp. 203-220.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 31

El franquismo utilizó estas víctimas para sostener su relato de la "Cruzada Nacional" contra la Anti-España personificada por los republicanos, presentados como crueles, bárbaros e incluso no españoles en la propaganda franquista.[19] Por ello se invirtieron ingentes esfuerzos en honrar la memoria de los "Caídos por Dios y por España": monumentos a los Caídos, nombres del callejero, placas con nombres en las fachadas de las iglesias, estatuas, etc. Todo servía para crear un determinado relato de la guerra, la legitimidad del nuevo régimen. El culto a los muertos "por Dios y por España" formó parte del proyecto nacionalizador que llevó a cabo el franquismo. Eran los primeros años de una dictadura que recibió el apoyo de la Alemania nacionalsocialista y de la Italia fascista y que después, durante la segunda guerra mundial, apoyaría a estos dos regímenes.

Fue en estos años, no lo olvidemos, cuando se decide la construcción del Valle de los Caídos: caídos en la Cruzada por Dios y por España. Fueron los años de un cierto culto a la muerte y a los muertos que se traducía en exhumaciones, procesiones fúnebres e inhumaciones de héroes como José Antonio Primo de Rivera.

Los centenares de miles de cuerpos de los republicanos muertos en el campo de batalla o ejecutados por los franquistas yacían enterrados en fosas comunes -bien fuese en los antiguos lugares de combate bien en los lugares donde se ejecutaba al amanecer, no fueron exhumados y quedaron bajo tierra y bajo un forzado olvido. Esos cadáveres no merecían ni digna sepultura, ni señalización ni ser entregados a sus familias. No merecieron en muchos casos ni siquiera la inscripción en los registros civiles. Francisco Espinosa recuerda como un decreto de 1936 abría "cautelosamente la posibilidad de legalizar las desapariciones". Basta para Espinosa recordar la exposición de motivos de ese decreto: "Consecuencia natural de toda guerra es la desaparición de personas, combatientes o no, víctimas de bombardeos, incendios u otras causas con la lucha relacionadas".[20] El decreto hacía mención expresa de las dificultades para identificar cadáveres y permitía la inscripción de desaparecidos o fallecidos durante la lucha contra el marxismo o fuera de ella pasados cinco años desde la desaparición a instancias de familiares. El problema era que la represión y el control social que ejercían los vencedores hacía en muchos casos muy difícil que los familiares se acercasen al registro de la localidad para solicitar dicha inscripción, lo que provocó, como recuerda Francisco Espinosa, que durante sesenta años familiares de toda la geografía los registros civiles recibiesen visitas de familiares de víctimas para la inscripción del fallecimiento[21].

En el registro civil se anotaba como causa del deceso "muerte violenta" o "muerte por heridas de arma de fuego" sin especificar nada más[22]. Espinosa señala que en algunos casos se ordenaba a los familiares que se inscribiese la expresión "por causas naturales" para evitar responsabilidades y enterrar todavía más la memoria de las víctimas.

---

[19] A. Reig Tapia, *La Cruzada de 1936. Mito y memoria*. Madrid 2006.

[20] Decreto 67 dictando reglas a las que habrá de sujetarse la inscripción del fallecimiento o desaparición de personas, ocurridos con motivo de la actual lucha nacional contra el marxismo. BOE 27, de 11.11.1936, p. 154. Citado y estudiado en F. Espinosa, *Lucha de historias lucha de memorias. España 2002-2015*, Sevilla 2015, pp. 93 y ss.

[21] Idem.

[22] Idem.

En los pueblos, donde el control social era más intenso, era difícil que los familiares pudiesen rendir homenaje a sus muertos sin identificarse como "rojos". En cambio, el culto a los "Caídos por Dios y por España" configuró un elemento importantísimo en la política nacionalizadora del nuevo Estado.

3. 1958-1975: la "operación caídos". ?Necropolítica al servicio de la dictadura?

En 1960, la dictadura inicia una transformación de su fachada institucional para adaptarla a los nuevos tiempos y también a una futura entrada en la Comunidad Económica Europea, horizonte de las elites en esa época de creciente globalización de la economía. Eso no implicó destruir los elementos fascistas de los primeros años sino la adición de otros nuevos discursos. Se trataba de mantener los principios del caudillaje, el nacionalismo católico y el discurso de la guerra como momento fundacional pero introduciendo elementos discursivos nuevos. Se combinaba pues la legitimidad de origen, la Cruzada Nacional, con la legitimidad por ejercicio: la paz y estabilidad que habían permitido un crecimiento económico sin parangón.

Esta transformación fue acompañada por una serie de reformas legislativas que buscaron la racionalización del ejercicio del poder y el acercamiento a los países del occidente europeo. Así, se aprueban las leyes como la Ley de Convenios colectivos, las leyes de reforma de la administración, la Ley de Principios del Movimiento o la Ley Orgánica del Estado con el objetivo de racionalizar sin democracia y sin derechos humanos el ejercicio autoritario del poder[23].

Se introdujeron discursos nuevos que, interactuando con los viejos, generaron lo que podríamos calificar utilizando los conceptos y palabras de Boaventura de Sousa Santos como "palimpsesto de culturas jurídicas"[24]. Continuaron la represión y la falta de democracia, mientras que incluso se reforzó la influencia de la doctrina católica. Pero se adaptaron los discursos a una modernidad más asumible por la generación de los hijos de los que habían luchado y también por unas potencias occidentales interesadas en el potencial de desarrollo económico de España.

Dentro de esta operación de adaptación de los principios fundamentales del Estado franquista encontramos una potentísima operación propagandística bautizada como "XXV Años de Paz", en referencia al vigésimo quinto aniversario del final oficial de la guerra civil el uno de abril de 1964. El nombre de la campaña ya es indicativo del cambio que estaba operando en la autodescripción del régimen. Hasta esos años el uno de abril se celebraba el día de la Victoria. Desfiles, monumentos y discursos guarnecían una fecha que, junto a la del 18 de julio, servían para imponer una nueva cultura y una nueva identidad. El discurso belicista de la victoria fue transformado en el discurso de la Paz: la supuesta paz conseguida por Francisco Franco y que había permitido poner fin a siglos de conflictos y sentar las bases del crecimiento económico.

Dirigida por el jurista y Ministro de Información y Turismo Manuel Fraga Iribarne,

[23] A. Aragoneses (2009): *El derecho bajo el franquismo. Transformaciones en el sistema jurídico español (1936-1978)*, in M. Capellà – D. Ginard, *La memoria histórica en perspectiva jurídica*, cit., pp., pp. 123- 160, 131 y ss.

[24] B. de Sousa Santos, *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique*, in "Law & Society Review" 40 (2006), pp. 39–75, 47.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 31

esta campaña se desplegó con documentales, publicaciones y conferencias y también con una agenda de actividad legislativa. Como avanzaba, no se reniega de las viejas leyes y de los viejos principios. El día de la victoria se rebautiza como día de la Paz. Se celebran XXV años de una "paz" franquista conseguida por el dictador. Los procesos de industrialización, modernización y globalización de la economía se habían producido en toda Europa occidental pero la campaña orquestada por el régimen los presentó como obra del Caudillo[25].

En este proceso los cadáveres de la guerra civil jugaron una función importante, ya que fueron utilizados dentro de la llamada "operación Caídos". Como ya expliqué, los trabajos de construcción del Valle de los Caídos habían comenzado el uno de abril de 1940. El uno de abril de 1959 se inauguraba oficialmente el monumento. Veinte años había durado una construcción que en un principio debía durar un año. En las obras participaron, como ya avancé, presos republicanos. El número de trabajadores que fallecieron se desconoce. Sí tenemos algunos detalles sobre las empresas que se lucraron con la construcción y la explotación de la mano de obra republicana[26].

Como explica Queralt Solé, en veinte años de obras hubo cambios en los responsables de la construcción, se introdujeron nuevos elementos que no constaban en los planos originales y, lo más importante, se decidió que el Valle de los Caídos debía acoger también restos de caídos republicanos, es decir: "rojos"[27].

Como explica Solé -quien más ha estudiado este episodio- en 1957 el Consejo de Obras del Valle de los Caídos decidió este traslado y pidió colaboración a la Guardia Civil para localizar fosas comunes de varias provincias de las que extraer cadáveres y trasladarlos al monumento[28]. El monumento fue acabado en 1958. El momento histórico era otro y el gobierno decide adaptar el mensaje que debía transmitir ese mausoleo. Esto nos indica ya que había conocimiento de la existencia de las fosas y que la autoridad tenía los medios para localizarlas.

Una vez localizados los cadáveres se dieron instrucciones para su traslado dentro de unas urnas especiales que se colocarían dentro de la basílica[29]. Se requirió de la participación de empresas grandes y pequeñas, de trabajadores y autoridades. Estuvieron implicados gobiernos civiles, guardia civil, ayuntamientos y asociaciones de familiares de víctimas del bando franquista. Teóricamente los familiares debían dar su autorización. Pero el hecho que algunos de ellos descubrieran ese traslado por artículos en la prensa o por un documental de la televisión pública catalana, muchos años después, prueba que este requisito no se cumplió[30]. La mayoría de restos eran de soldados o civiles del bando franquista pero se trasladaron también soldados y civiles republicanos, no sin cierta oposición de determinados sectores del franquismo[31]. Así

[25] Sobre esta transformación vid. F. Fernández-Crehuet, *Recht und Fiktion im Franco Regime*, in F. Fernández-Crehuet López - A. M. Hespanha (Ed.), *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur*, Frankfurt am Main 2008, pp. 3–12. Vid también A. Aragoneses, *El derecho bajo el franquismo*, cit., 131 y ss.

[26] A. Maestre, *Franquismo S.A.*, in "La Marea", 20.11.2014.

[27] Q. Solé, Els *morts clandestins*, cit., p. 62

[28] Idem.

[29] Ibidem 73.

[30] S. Marimon, *Vull treure l'avi del Valle de los Caídos*, in *Sàpiens* 69 (2013).

[31] Q. Solé, *Els morts clandestins*, cit., p. 80.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 31

se cumplía el objetivo de esta operación: que reposasen en el monumento a los caídos por Dios y por España los "hermanos" que durante la guerra se enfrentaron.

Se sabe, y así lo explica Solé, que hasta 1959 se trasladaron al Valle de los Caídos los restos de 10.001 personas[32]. Pero después de la inauguración continuaron durante algún tiempo los traslados.

Para entender el objetivo de esta operación se debe tener en cuenta el contexto que ya expliqué. Pese a que faltaban todavía 5 años para los XXV Años de Paz, la dictadura ya se movía en esos tiempos para cambiar el relato que la legitimaba. Los cambios de gobierno de 1957 indicaban ya que los falangistas y su discurso iban a ser arrinconados a favor de miembros del Opus Dei que defendían un autoritarismo católico pero con un lenguaje más acorde a los nuevos tiempos. Es posible también que el Concordato que el Vaticano y España habían firmado en 1953 y que recordaba al Estado la naturaleza católica de la Nación influyese en este giro político.

A estos cambios hay que sumar otros de naturaleza cultural y social. Comenzaban a ejercer cargos de poder en empresas y en la administración personas de una generación que no había luchado en la guerra civil aunque sí la había vivido como niños. Este cambio generacional implicaba una mayor distancia con esos acontecimientos y una mayor distancia con el discurso deshumanizador de los republicanos que autores como José María Pemán reprodujeron[33].

El traslado de restos de republicanos resulta coherente con los tiempos y con el nuevo mensaje de la Paz y la reconciliación con el que la dictadura pretendía acercarse a los otros países europeos. La "operación caídos" formaba parte pues del cambio del discurso de la legitimidad de origen por uno que combinaba esta con el de la legitimidad de ejercicio.

Obviamente todo fallaba: no había ni paz ni reconciliación. No había Paz sino una dictadura que perseguía los mismos objetivos de la guerra: la defensa de determinados privilegios y de un orden social, la represión de la "Antiespaña" y un proyecto nacionalizador dirigido por falangistas y católicos conservadores. Los republicanos supervivientes seguían poblando cárceles o en el exilio. Además, en muchos casos estos opositores habían sido desposeídos de sus propiedades en aplicación de la Ley de Responsabilidades política. La reconciliación es impostada por impuesta: los cuerpos son trasladados por el gobierno franquista al Valle de los Caídos en muchos casos sin consultar ni recabar la autorización de los familiares y sin tener en cuenta las graves circunstancias de las muertes en una guerra causada por un golpe de Estado ilegal e ilegítimo desde un punto de vista democrático.

El discurso de la Paz es falso como el de la "guerra entre hermanos" que busca equiparar las responsabilidades de unos y otros. Pero son discursos potentes que tuvieron una enorme fuerza constitutiva de nuevas realidades sociales. Este relato fue transmitido por todos los medios: discursos, documentales, el NODO cuyo visionado era obligatorio antes de cualquier película en los cines, nombres de calles o de hospitales como el de la Paz en Madrid. El efecto de la imposición de este relato fue cierta naturalización del franquismo. Es decir: la aceptación de que el régimen fue necesario después de una guerra cuyas responsabilidades eran diluidas bajo la etiqueta

[32] Ibidem, p. 82.

[33] J. M. Pemán, *Poema de la bestia y el ángel*. Salamanca 1938. Estudiado en A. Reig Tapia, *La Cruzada de 1936*, cit., p. 262.

Historia et ius - ISSN 2279-7416 www.historiaetius.eu - 10/2016 - paper 31

"guerra entre hermanos" y de que el crecimiento económico había sido posible gracias a la "Paz" de Franco.

Esto tuvo otra consecuencia: la de imponer un silencio sobre la guerra, sus muertos y, en consecuencia, sus cadáveres. Y esto es relevante porque influyó en actitudes y decisiones de actores políticos y sociales diez años después, cuando se transitó de la dictadura a la democracia. Esto explicaría que la demanda de justicia y reparación se aparcase.

4. 1975-2000: amnistía de la transición y olvido de la democracia

Francisco Franco muere de tromboflebitis en una cama el 20 de noviembre de 1975. Curiosamente, José Antonio Primo de Rivera, el fundador de Falange, había muerto también un 20 de noviembre 39 años antes. Esta coincidencia dio pábulo a rumores sobre el posible alargamiento artificial de la vida del dictador para que su muerte se diese en el llamado "día de tristeza" y así conectar la memoria de los dos personajes.

Tras los funerales y el entierro en el Valle de los Caídos se corona a Juan Carlos como Jefe del Estado, tal y como estaba previsto en la legislación franquista.[34] Poco después, la presión de amplias capas de la sociedad y el interés de las elites económicas en entrar en la Comunidad Económica Europea permitieron el comienzo del desmontaje de parte del Estado franquista[35].

La transición española no estuvo libre de miedo y de violencia, como demostró recientemente Sophie Baby: hubo más de 600 muertes violentas entre ataques terroristas de signo izquierdista o ultraderechista, asesinatos por parte de grupos paramilitares y muertos a manos de las fuerzas de seguridad[36]. El Estado controló en todo momento la transición para evitar derivas rupturistas, como demuestra Sánchez Cuenca[37]. La transición concluyó con la aprobación de la Constitución de 1978 y la victoria electoral del Partido Socialista Obrero Español en 1982. Entre ambas fechas hubo un intento de golpe de Estado el 23 de febrero de 1981 que, si bien fracasó, condicionó el final de la transición y también la mirada al pasado del nuevo régimen democrático imponiéndose el olvido.

Muchos autores destacan que la transición comportó un pacto de silencio sobre las víctimas de la guerra y la dictadura. Francisco Espinosa habla de "política de olvido" para referirse a los años 1977-1981 y de "suspensión de la memoria" entre 1982 y 1996[38]. Rafael Escudero explica que se cambió democracia por un "camino de silencio" para las víctimas[39]. Margalida Capellà destaca los incumplimientos de los

[34] Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, BOE 208, 27.07.1947, pp. 4238-4239; Ley 62/1969, de 22 de julio, por la que se provee lo concerniente a la sucesión en la Jefatura del Estado", BOE 175, 23.07.1969, pp. 11607-11608.

[35] Sobre el tema vid. I. Sánchez Cuenca, *Atado y mal atado. El suicidio institucional del franquismo y el surgimiento de la democracia*, Madrid 2014.

[36] S. Baby, *Le mythe de la transition pacifique. Violence et politique en Espagne (1975–1982)*, Paris 2013.

[37] I. Sánchez Cuenca, *Atado y mal atado*, cit.

[38] F. Espinosa Maestre, *Lucha de historias, lucha de memorias*, cit., p. 96 y ss.

[39] R. Escudero, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain*, in "Human Rights

principios de justicia, verdad y reparación durante la transición española[40] mientras Josep Maria Tamarit Sumalla habla de un modelo español que no mira al pasado y se basa en una "transición sin justicia"[41]. Bartolomé Clavero, contundente, habla al referirse del inicio del régimen actual de "amnesia constituyente"[42].

La ley paradigmática de esta transición sin justicia fue la ley de amnistía de 1977[43]. Según esta norma quedaban amnistiados los crímenes cometidos en la represión de delitos políticos por funcionarios y miembros de cuerpos armados. Esta ley impedía cualquier investigación sobre cualquier tipo de delitos, desde las torturas a un detenido en los años 70 hasta los asesinatos de los años 30 y 40. El modelo de la transición fue el de la amnistía y el olvido.

Hay un consenso general sobre la falta de respuesta a las demandas de las víctimas aunque quizás hemos de tener en cuenta el ambiente de miedo y violencia para entender que se aplazase esta cuestión hasta el momento de consolidación de la democracia. Pero precisamente la victoria del Partido Socialista supuso un cierre a toda iniciativa de satisfacer las demandas de justicia, verdad y reparación. La razón de Estado se impuso seguramente como consecuencia del aviso que supuso el golpe de Estado de 1981.

Hubo iniciativas privadas que permitieron exhumar, reinhumar y dignificar algunas fosas comunes, señalar otras y recuperar la memoria de las víctimas. Su número no está determinado y el apoyo de las administraciones fue prácticamente nulo. Pero no hubo ninguna iniciativa por parte del Gobierno o el Parlamento que habían aprobado algunas normas reconociendo pensiones a antiguos soldados republicanos[44]. Se impuso un velo de silencio. España entró en la Comunidad Económica Europea, experimentó un importante crecimiento económico y las administraciones desarrollaron leyes sobre el ejercicio de las libertades que habían quedado consagradas en la Constitución. La España de las películas de Almodóvar, desenfadada, moderna, se impuso a una España negra que se asociaba a la guerra civil y al franquismo.[45] El precio a pagar por esa modernidad fue el olvido.

Durante la transición y la democracia los cuerpos de las víctimas de la guerra civil en general quedaron en el mismo sitio en el que habían sido enterrados entre 1936 y 1940. El del dictador y el del fundador de Falange quedan en el Valle de los Caídos, gestionado en democracia por Patrimonio Nacional, administrador de los Reales Sitios, entidad pública encargada de administrar, conservar y mantener este

Quarterly" 36 (2014), pp. 123–146, 132.

[40] M. Capellà, *Represión política y derecho internacional: una perspectiva comparada (1936-2006)*, in M. Capellà – D. Ginard (ed.) *Represión política, justicia y reparación*, cit., pp. 161-254, 234.

[41] J. M. Tamarit Sumalla, *Historical Memory and Criminal Justice in Spain. A Case of Late Transitional Justice*. Cambridge- Antwerp-Portland 2013, pp. 61 y ss

[42] B. Clavero, *España 1978: La amnesia constituyente*, Madrid 2014.

[43] Ley 46/1977, de 15 de octubre de Amnistía, BOE 248, 17.10.1977, pp. 22765-22766.

[44] Ley 5/1976, de 11 de marzo de Mutilados de Guerra por la Patria. BOE 63, 13.03.1976, pp. 5209-5215; Ley 5/1979, de 18 de septiembre sobre pensiones, asistencia médica, farmacéutica y social en beneficio de las viudas y familiares de los españoles que murieron en la pasada guerra civil, BOE 233, 28.09.1979, pp. 22605-22606

[45] Sobre este tema, L. E. Delgado, *La nación singular: Fantasías de la normalidad democrática española (1996–2011)*, Madrid 2014, p. 33.

monumento, incluídas las tumbas de Francisco Franco y José Antonio Primo de Rivera.

5. 2000-2016: "La rebelión de los nietos": movimiento memorialístico y la exhumación de fosas

Ese silencio dura hasta el año 2000, cuando explosiona el movimiento memorialístico larvado sin duda en los años anteriores. El episodio que saca a la luz este movimiento tiene que ver con los cadáveres de los republicanos. En ese año el periodista Emilio Silva, residente en Hortaleza, Madrid, se desplaza a Priaranza de Bierzo, en León, para cavar, literalmente, la fosa de en la que se encontraba el cadáver de su abuelo, ejecutado en 1936 por un grupo de franquistas. Con la ayuda de amigos y familiares logró exhumar los cuerpos de su abuelo y de doce ejecutados más. Se identificaron los restos y se hicieron pruebas de ADN con la ayuda de forenses experimentados exhumaciones en los Balcanes y en Chile[46].

Como señala Francisco Ferrándiz y como también hemos visto aquí, esta no era la primera ola de exhumaciones. Anteriormente había habido dos, y cada una había respondido a diferentes "regímenes necropolíticos"[47]. La primera fue la de las exhumaciones de "mártires" "caídos por Dios y por España". La segunda fue la que comportó el traslado de cuerpos al Valle de los Caídos para insertar los cadáveres de republicanos en el relato de la falsa reconciliación. El tercer momento que se inicia en el año 2000 lo inician hijos y nietos de muertos que interpelan la memoria familiar pero también la memoria colectiva de todo un país.

Un artículo en el New York Times hizo que esta historia diese la vuelta al mundo y que atrajese a personas de varios países a trasladarse a León para conocer de primera mano e incluso para ayudar en las exhumaciones. La visibilidad de estos trabajos y la creación en diciembre del año 2000 por Emilio Silva y otros de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica (ARMH) marcan el inicio de una nueva etapa en la relación de la política y la sociedad españolas con los muertos de la guerra civil. Empieza lo que Margalida Capellà bautizó como "la rebelión de los nietos"[48]. La mirada sobre los muertos, sobre la dictadura y también sobre el Valle de los Caídos comienza a cambiar.

El movimiento, intergeneracional, transversal pero con un especial protagonismo de ancianos testigos de la represión y de jóvenes que cuestionaban la cultura oficial de memoria de su país, se organizó en asociaciones que se iban creando a lo largo y ancho de la geografía española. Las reclamaciones u objetivos de estas asociaciones eran fundamentalmente las siguientes: justicia para las víctimas, conocer la verdad sobre su paradero y las circunstancias de su muerte y reparación económica, simbólica o política. Estos tres objetivos se concretaban en demandas de exhumación y dignificación de las fosas, anulación de los consejos de guerra que habían servido para legalizar la muerte de republicanos y el fin de la cultura de la impunidad que se materializaba no solo en la ausencia de condenas a criminales franquistas sino también

[46] Sobre las exhumaciones y su impacto internacional ver G. Tremlett, *Travels Through a Country's Hidden Past*, London 2008.

[47] A. Mbembe, *Necropolitique*, cit.

[48] M. Capellà, 'La rebelión de los nietos'. *La Vanguardia*. 26.10.2008.

en la naturalización cuando no apología del franquismo de organizaciones políticas, del callejero o los monumentos de algunas ciudades o de la existencia misma del Valle de los Caídos: "uno de los monumentos más rocambolescos del nacionalcatolicismo español" en palabras del experto en fosas comunes Francisco Ferrándiz[49].

La exhumación de fosas podían haber sido actos privados de los descendientes pero se convirtieron en acontecimientos con un enorme impacto mediático y con una fuerte carga emocional. No olvidemos que en muchos casos descendientes de asesinados veían los restos de sus seres queridos por primera vez. El deseo de dar digna sepultura a esos restos era necesario par los familiares para cerrar el duelo. Por la carga emocional y también por el significado para las nuevas generaciones de estas exhumaciones, como señala Ferrándiz, generaron también una nueva cultura política, no necesariamente ligada a una ideología o partido concretos[50]. Pese al perfil político e ideológico de alguna asociación como Foro de la Memoria, la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica se convirtió en un movimiento transversal, no adscrito a un partido pero que defendía, eso sí, una nueva cultura política y de memoria.

Que las exhumaciones generasen cultura política obligaba a las instituciones públicas a hacer frente a un nuevo fenómeno y reaccionar ante la existencia de esos cien mil cadáveres que hasta ese momento estaban olvidados y no tenían una dimensión política.

Paralelamente a las exhumaciones de fosas en numerosos lugares de la geografía española[51], algunas asociaciones presentaron recursos de revisión ante el Tribunal Supremo para anular las sentencias de tribunales y consejos de guerra que en una aplicación torticera del derecho habían legalizado los asesinatos de opositores[52]. Se pedía también reparar en el honor a los que habían luchado contra el franquismo y el nazismo.

Esta demanda social obligaba al legislador y al gobierno a dar alguna respuesta. El gobierno catalán fue de los primeros en dar una respuesta a este movimiento creando en 2003 una Dirección General de Memoria Democrática. El gobierno y el parlamento españoles resultantes de las elecciones de marzo del 2004 también abordaron esta cuestión. Se declaró por ley el año 2006 como año de la memoria histórica.[53] Ese año comenzó la elaboración de una ley que había de dar respuesta a las demandas de víctimas y asociaciones.

Los debates sobre la ley fueron muy intensos y envueltos en un clima de gran crispación. La derecha política y mediática, inesperadamente desalojada del poder en las elecciones de 2004, acusaba al PSOE de "romper el espíritu de la Transición",

[49] Francisco Ferrándiz, *Guerras sin fin: guía para descifrar el Valle de los Caídos en la España contemporánea*, in "Política y Sociedad" 48 (2011), pp. 481-500, 481.

[50] F. Ferrándiz, *From Tear to Pixel. Political Correctness and Emotions in the Exhumation of Mass Graves of the Civil War*, in L.E. Delgado - P. Fernández - J. Labanyi (ed.) *Engaging the Emotions in Spanish Culture and History*, Nashville 2016, pp. 242-261, 248.

[51] "Spaniards at Last Confront the Ghost of Franco", New York Times, 11.11.2002.

[52] "Familiars d'afusellats durant el franquisme demanen al Suprem la revisió dels seus casos", CCMA, 09.11.2006.

[53] Ley 24/2006, de 7 de julio, sobre declaración del año 2006 como Año de la Memoria Histórica, BOE 162, 08.07. 2006, p. 25573.

auténtico mito fundacional de la democracia española[54]. Una metáfora se hizo muy popular: la de las "heridas de la Guerra" que no debían abrirse[55].

Finalmente el Parlamento sancionó la Ley 52/2007. La ley es conocida por el sobrenombre "Ley de memoria histórica"[56]. En sentido estricto esta no es ninguna ley de memoria pues no impone ni favorece una determinada reconstrucción del pasado[57]. Es una ley más propia del ámbito administrativista que amplía pensiones, regula la presencia de símbolos en el espacio público y hace una valoración de las sentencias que condenaron a republicanos. Se declaran estas como injustas e ilegítimas aunque no llegan a declararse nulas como pedían las víctimas.

Los artículos 11 a 14 regulan el tema que aquí nos ocupa: las fosas. Se establece (artículo 11) el deber de las administraciones de facilitar "a los descendientes directos de las víctimas" "las actividades de indagación, localización e identificación" de las personas desaparecidas. Los artículos 12 a 14 prevén como se deben facilitar a nivel jurídico-administrativo estas excavaciones, recogiendo el derecho de acceso a los terrenos.

Esta regulación no satisfizo ni a las asociaciones ni a determinados sectores de juristas que consideraban que España, al delegar la exhumación de cadáveres en los familiares, estaba "subcontratando los derechos humanos"[58] e incumpliendo sus compromisos de derecho internacional. Según Margalida Capellà, son los Estados los responsables de indagar, localizar, exhumar e investigar las causas y las responsabilidades de la muerte en el caso de las fosas comunes[59]. Capellà subraya además la importante carga emocional soportada por los familiares obligados a organizar y ejecutar las exhumaciones.

Por otro lado, el artículo 16 prohíbe realizar cualquier acto político y de exaltación de la guerra civil o del franquismo en el Valle de los Caídos. Esta norma puso fin a las peregrinaciones al Valle de nostálgicos del franquismo que, además, cada 20 de noviembre realizaban actos de exaltación. La ley no habla del destino final de este espacio y dice solamente que se regirá por las reglas sobre lugares de culto y cementerios.

Como avanzaba, la ley de memoria dejó insatisfechos a asociaciones, activistas y juristas. No obstante, sirvió de acicate para la presentación de demandas judiciales, y la exhumación de fosas, etc. Eso explica la demanda judicial que en 2007 presentaron varias asociaciones ante el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional par que se investigasen los crímenes del franquismo.

El polémico juez Baltasar Garzón asumió el caso y emitió el famoso Auto de 8 de octubre de 2008 por el que se iniciaba una investigación judicial por presuntos delitos

[54] 'El PP rechaza la ley de memoria y dice que rompe el pacto de concordia sobre el pasado', El País, 06.12.2007.

[55] 'Rajoy: Abrir heridas del pasado no conduce a nada'. El País, 06.09.2008.

[56] Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, BOE 310, 27.12. 2007, pp. 53410-53416

[57] Así define las leyes de memoria A. De Baets, *The United Nations Human Rights Committee's View of the Past*, in U. Belavusau - A Gliszczynska-Garabias, *Memory Laws*, Cambridge 2017 (in printing).

[58] F. Ferrándiz, *From Tear to Pixel*, cit.

[59] M. Capellà, *Represión política y derecho internacional: una perspectiva comparada*, cit., p. 240.

contra la humanidad realizados por las tropas rebeldes tras el 18 de julio de 1936. Se ordenó la identificación de posibles responsables, entre ellos Francisco Franco y sus generales. El auto generó la oposición de determinados sectores políticos y también de la propia fiscalía, que en una resolución defendía que esos crímenes habían prescrito en virtud de la ya citada ley de amnistía de 1977[60]. Mientras se resolvía esta batalla jurídica otro juez, Santiago Pedraz, ordenaba la exhumación de varias víctimas cuyos restos reposaban en el Valle de los Caídos y cuyos familiares habían acudido a la justicia arropados por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica.

El diciembre de ese mismo año 2008 el juez Baltasar Garzón se inhibía en esta causa a favor de los juzgados territoriales considerándose incompetente, algo que era fácilmente comprobable pues la Audiencia Nacional solo puede juzgar crímenes contra la humanidad cometidos fuera de nuestras fronteras. Esta renuncia desactivó las exhumaciones ordenadas por el juez Pedraz pero activó en algunos juzgados causas que o bien duermen todavía hoy o bien fueron archivadas.

La causa abierta por Garzón provocó que dos asociaciones ultraderechistas le denunciasen ante el Tribunal Supremo por un presunto delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del código penal y que castiga al funcionario o autoridad que tomase una decisión a sabiendas de su injusticia. Uno de los argumentos de estas organizaciones era que los delitos que pretendió juzgar Garzón habían prescrito en virtud de la ley de amnistía de 1977, alineándose así a los argumentos de la fiscalía de la audiencia nacional y en contra de la opinión de un importante sector de la doctrina.

La sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso, la 101/2012 de 27 de febrero, nos interesa aquí porque marca un antes y un después en la investigación de los crímenes del franquismo. El Tribunal sentenció que no había habido prevaricación en la decisión de investigar los crímenes del franquismo pero que hacerlo había respondido a "una interpretación errónea de la legalidad". El órgano colegiado alababa la "modélica transición" que había permitido la aprobación de la ley de amnistía, ley que impedía cualquier investigación judicial sobre los crímenes de ese periodo. Seguía el alto tribunal diciendo que "La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción (…)"[61].

Esta decisión, como avanzaba, significa un punto importante en el proceso de resignificación de las fosas y de lucha por los derechos de los familiares. El Tribunal Supremo cerraba en 2012 la vía penal a las familias que buscaban el auxilio de la justicia en su demanda de indagación por la muerte de sus familiares.

6. Conclusiones: los cadáveres que no desaparecen y el derecho

En 2012 el Tribunal Supremo cerraba, al menos temporalmente, la vía penal. Mas los cadáveres continuaban, tozudos, llamando la atención de familiares, movimientos sociales y medios de comunicación. Las exhumaciones continuaron y también los artículos en la prensa internacional. El enviado especial de Naciones Unidas visitó

[60] Recurso a las diligencias previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (sumario 53/08).

[61] Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012 de 27 de febrero.

España en 2014 y denunció la vulneración de los derechos de familiares de víctimas.[62]

El gobierno y el parlamento resultantes de las elecciones de 2011 no derogó la ley de memoria pero eliminó la partida presupuestaria para su aplicación, dejando partes importantes de la norma sin efecto. Las reformas de las leyes de educación impulsadas por el gobierno redujeron en los currículos escolares el espacio dedicado a la guerra civil y aumentaron el que los maestros deben dedicar a la II Guerra mundial[63].

En los últimos años se han presentado varias denuncias en tribunales españoles y extranjeros en contra de presuntos responsables de violaciones de derechos humanos. Ahí está por ejemplo la demanda presentada en un Juzgado de Buenos Aires a la que una jueza respondió pidiendo el testimonio de familiares, de víctimas de tortura y de presuntos responsables. Ahí está también la demanda que se presentó en Barcelona contra los aviadores italianos que durante la guerra civil bombardearon la ciudad causando miles de muertos.

Nos interesan aquí otras demandas, quizás con menos impacto mediático pero que se refieren directamente al tema de las fosas del franquismo. En mayo de 2016 un juez abrió la puerta a exhumar los cadáveres en el Valle de los Caídos[64]. En julio del mismo año la ARMH denunciaba ante la Guardia Civil hallazgo de dos fosas en León.[65] Estos hechos demuestran una nueva estrategia por parte del movimiento memorialístico, interesado ahora en enfrentar a la justicia con los cadáveres y no solo en la exhumación y reinhumación de los cadáveres. Además de un efecto social para con las familias se busca provocar la reacción del sistema jurídico.

Parlamentos Legislativos regionales también han intentado suplir las carencias del sistema jurídico español en lo que a las fosas se refiere. En 2009 el Parlamento catalán aprobaba la *Llei* 10/2009, de 30 de junio "sobre la localització i la identificació de les persones desaparegudes durant la Guerra Civil i la dictadura franquista, i la dignificació de les fosses comunes"[66]. Se trata de una ley diseñada para regular la asistencia a familiares y asociaciones en la identificación y exhumación de cuerpos de las fosas del franquismo en Cataluña. La ley le reconoce competencia al gobierno catalán para actuar de oficio en la localización y apertura de fosas, se regula la competencia de terceros para abrir fosas y regula la asistencia del gobierno a las asociaciones o familiares que lleven a cabo exhumaciones.

La ley catalana supone un gran avance pero su aplicación está sometida a las disponibilidades del presupuesto. La crisis económica reciente ha impedido su despliegue aunque en el año 2016 se comenzaron a dar pasos para avanzar en la

---

62 *Report of the Special Rapporteur on the promotion of Truth, Justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff. Mission to Spain*. New York 2014.

63 Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora de la calidad de la educación (LOMCE), BOE 295, 10.12.2013 pp. 97858-97921; Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre estableciendo el contenido básico de la educación secundaria, BOE 3, 03.01.2015, pp. 169-546; Real Decreto 126/2014, estableciendo los contenidos básicos de la educación primaria, BOE 52, 01.03.2014, pp. 19349-19420.

64 "Un juez abre la puerta a exhumar los cadáveres en el Valle de los Caídos", El Mundo, 09.05.2016

65 "La ARMH denuncia ante la Guardia Civil hallazgo de dos fosas en León", La Vanguardia, 21.07.2016.

66 Llei 10/2009 de localització I identificació de persones desaparegudes Durant la Guerra civil I el franquisme, DOGC (Diari oficial de la Generalitat de Catalunya) 5417, 09.07.2009, pp. 55065–55071.

localización, excavación y señalización de las fosas.

Recientemente el *Parlament* balear aprobó una importante ley de fosas: la *Llei* 10/2016 de 13 de junio "per a la recuperació de persones desaparegudes durant la Guerra Civil i el franquisme"[67]. La norma balear protege las fosas y regula su identificación, apertura y la exhumación de los restos mortales[68]. Resulta interesante que esta ley, aprobada por unanimidad, califica las desapariciones forzadas de la guerra civil como crímenes contra la humanidad[69]. Esta definición legal permitiría incluir esta ley en la categoría de leyes que "prescriben o proscriben determinadas reconstrucciones de hechos históricos"[70].

Las dos normas, un proyecto de ley andaluza de memoria histórica y las demandas judiciales presentadas en varios juzgados son indicativas de la importancia de la cuestión de los cadáveres del franquismo en el sistema jurídico y en el sistema político. Pese a los intentos del parlamento y del Tribunal Supremo de expulsar el tema de las fosas del ámbito de lo jurídico y situarlo en el de los historiadores, las familias, asociaciones y algunos partidos insisten en la necesidad de dar satisfacción a los familiares de las víctimas.

Los cadáveres, mientras tanto, siguen presentes y rompiendo el silencio oficial sobre el pasado. Esta narrativa arranca en los años sesenta sobrevive a la transición y normaliza y naturaliza la existencia de una dictadura y de las fosas comunes

Pero la tozudez de los hechos, la irrupción de nuevas generaciones y la europeización de las memorias que permite comparar la alemana y la italiana con la española, hacen que los cadáveres mal enterrados salgan a la superficie.

El derecho, más pronto que tarde, tendrá que abordar esta realidad para permitir, por fin, cumplir con las obligaciones internacionales y con los derechos de las víctimas y enterrar los cadáveres de la represión franquista.

[67] Llei 10/2016, sobre recuperació de persones desaparegudes Durant la Guerra civil I el franquisme, BOIB (butlletí Oficial de les Illes Balears) 76, 16.06.2016, pp. 18241–18247.

[68] Ibidem, artículo 1.

[69] Ibidem artículos 2 y 10.

[70] Vid A. de Baets, *The United Nations Human Rights Committee's View of the Past*, cit.

Stampato nel mese di gennaio 2017
da Tipografia Colitti, Roma - www.tipografiacolitti.it