CONDANNA A UNA PENA, CONDANNA DI UNA PENA?

Atti dell'incontro di studio di Pisa

19 novembre 2021

a cura di

Marco Paolo Geri

Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Collettanee

6

Historia et ius

2022

“Historia et ius”
Associazione culturale - Roma

Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno
Collettanee
6

La Collana di Studi di storia del diritto medievale e moderno *Historia et Ius,* pubblicata in forma elettronica in open access, è nata per iniziativa della stessa redazione della omonima rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna. Essa si propone di costituire uno strumento di diffusione, su scala internazionale, dei risultati delle ricerche storico giuridiche e del confronto di idee e impostazioni metodologiche.
Ogni volume, così come gli articoli pubblicati nella rivista, è sottoposto a doppio referaggio cieco.
La collana accoglie testi in lingua italiana, inglese, francese, spagnola e tedesca.

The Series of Studies in medieval and modern legal history *Historia et Ius*, published in electronic form in open access, was created on the initiative of the same editorial board of the homonymous history journal of the medieval and modern age. It aims to constitute an instrument of diffusion, on an international basis, of the results of historical legal research and of the comparison of ideas and methodological approaches.
Each volume, as well as the articles published in the journal, is subject to double blind peer-review.
The book series receives texts in Italian, English, French, Spanish and German languages.

Direzione della Collana: Paolo Alvazzi del Frate (Università Roma Tre) - Giovanni Rossi (Università di Verona) - Elio Tavilla (Università di Modena e Reggio Emilia)

Consiglio Scientifico: Marco Cavina (Università di Bologna) - Eric Gojosso (Université de Poitiers) - Ulrike Müßig (Universität Passau) - Carlos Petit (Universidad de Huelva) - Laurent Pfister (Université Paris II) - Michael Rainer (Universität Salzburg) - Giuseppe Speciale (Università di Catania) - Arnaud Vergne (Université de Paris) - (†) Laurent Waelkens (Universiteit Leuven)

E-mail: info@historiaetius.eu
Indirizzo postale: Prof. Paolo Alvazzi del Frate
via Ostiense 161 - 00154 Roma

Immagine di copertina:
Elaborazione grafica di G. Casarosa.
L'immagine a destra in basso è pubblicata su autorizzazione del Ministero della cultura/Archivio di Stato di Pisa.

ISBN: 9788894637663 - dicembre 2022

ISSN: 2704-5765

CONDANNA A UNA PENA, CONDANNA DI UNA PENA?

Atti dell'incontro di studio di Pisa, 19 novembre 2021

a cura di

Marco Paolo Geri

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di dottorato in scienze giuridiche curriculum in Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica

Historia et ius

"Historia et ius"
Associazione culturale - Roma

Indice

Premessa di Marco Paolo Geri 1

Pietro Costa, *La pena di morte, fra sovranità e diritti: a proposito di due libri recenti* 5

Ilario Belloni, *L'abolizionismo nel cerchio del diritto. Una prospettiva essenzialista* 15

Marco Cavina, *Pena di morte e percezioni della morte* 33

Pierluigi Consorti, *Appunti per una discussione sulla pena di morte tra diritto canonico e diritto vaticano* 41

Domenico Notaro, *La parabola della pena di morte in Italia, tra realismo e idealismo, dall'epoca liberale all'attuazione del "disegno abolizionista". Uno sguardo prospettico* 47

Paolo Passaglia, *Abolizione della pena di morte e costituzionalismo: un rapporto complesso* 71

Alberto Torini, *Abolizionisti a confronto: Ellero e Carrara* 95

Indice dei nomi 113

Premessa

«I libri son fatti coi libri» pare che amasse dire Francesco Carrara[1]. E, lasciando da parte il tipo di cultura giuridica che nel profilo intellettuale di Carrara poteva star dietro ad una frase del genere[2], testimoniata del resto dalla consistenza della sua biblioteca, oggi conservata presso la Biblioteca Universitaria di Pisa[3], il quaderno che si presenta al pubblico, davvero, può vantare di essere nato proprio in questa maniera e, per di più, di avere pure a che fare con il maestro criminalista lucchese.

Nel 2021, in maniera del tutto indipendente, sono stati pubblicati i risultati di due ricerche, una di carattere marcatamente storico, da parte del sottoscritto, l'altra a firma di Paolo Passaglia, relative entrambe al tema della pena di morte. La prima riguardava l'attività di uno dei grandi padri dell'abolizionismo, Francesco Carrara, che aveva pubblicato la traduzione di una serie di opuscoli provenienti da vari paesi europei, raccogliendoli entro la *Biblioteca abolizionista*[4], la seconda, era volta a investigare le forme, i limiti e le variabili più rilevanti dei vari percorsi abolizionisti contemporanei[5]. Gli autori, al consueto (ma non formale) scambio dei libri, assieme a Ilario Belloni, ritennero di approfondire le loro ricerche con un momento seminariale da svolgersi nell'ambito del Dottorato di ricerca pisano. Capitò, però, che a forza di parlare dell'idea, si raccolsero non poche manifestazioni di interesse a contribuire all'evento. Cosicché, il seminario ideato in origine diventò l'incontro pisano del 21 novembre 2021, del quale oggi si pubblicano la quasi totalità dei contributi presentati.

L'idea, anche sulla base delle adesioni ricevute, fu quella di dare all'incontro un carattere interdisciplinare. Ne uscì, così, un programma che prevedeva il contributo di studiosi di diritto romano, di diritto canonico, di storici del diritto cultori di differenti itinerari di ricerca, studiosi di

[1] Lo riferisce F. Pasquinelli, *Gli ex-libris del professor Francesco Carrara*, Lucca 1914, p. 12.

[2] Qualche appunto su tale questione in M. P. Geri, *Un giurista e i libri: Carrara recensore, editore, annotatore*, in «L'indice penale», n. s., IX, (2/2006), pp. 936-938.

[3] Informazioni in M. P. Geri, *Nel laboratorio di Francesco Carrara: le miscellanee giuridiche*, Torino 2003, pp. 1-11; 545-555.

[4] M. P. Geri, *"Biblioteca abolizionista". Fermenti europei per una battaglia italiana*, 2 voll., Roma, 2021 (disponibile in linea: http://www.historiaetius.eu/collana-di-studi.html.

[5] P. Passaglia, *La condanna di una pena. I percorsi verso l'abolizione della pena di morte*, Firenze, 2021.

diritto costituzionale comparato e filosofi del diritto. Interessava mostrare i vari punti dai quali la pena capitale, l'abolizionismo e, pure, le opinioni a favore della pena di morte potevano essere osservati; sicuri che la questione della pena capitale non poteva dirsi chiusa e non solo perché mentre sto scrivendo la banca dati di *nessunotocchicaino* riporta che da inizio 2022 sono state eseguite nel mondo circa mille condanne a morte[6], ma anche perché, entrambe cose non da poco, la questione dell'uso della pena capitale nella repressione del dissenso politico è drammaticamente attuale in alcune parti del mondo.

Spero, dunque, che possano assolvere alla continuità del dibattito le riflessioni di Pietro Costa, fra sovranità e diritti, che nel seminario funsero da lettura introduttiva, l'indagine di Pierluigi Consorti, tra diritto canonico e diritto vigente dello Stato vaticano, la 'voce fuori dal coro', rispondente al nome illustre di Gabriele Verri, presentata da Giovanni Rossi[7], le riflessioni di rango filosofico di Ilario Belloni, le pagine da penalista di diritto positivo con una spiccata sensibilità storica di Domenico Notaro, la pena di morte vista dal lato della percezione antropologica di Marco Cavina, la voce dei grandi abolizionisti del secondo Ottocento riproposta da Alberto Torini e il tema della pena di morte tra romanistica e sapienza penale nelle pagine di Karl Anton Joseph Mittermaier presentato da Federico Procchi[8].

Alle relazioni della sessione mattutina, coordinata da Aldo Petrucci, seguì nel pomeriggio, un denso dibattito moderato da Eugenio Ripepe, al quale parteciparono oltre agli autori dei volumi e ai relatori[9] anche Tommaso Greco e Marco Nicola Miletti. Paolo Passaglia aveva con sé una traccia ben definita di quanto intendeva proporre in sede di dibattito. Pertanto, violando la scelta di partenza orientata a pubblicare solo le

[6] Si veda: https://www.nessunotocchicaino.it/bancadati/.

[7] I tempi ristretti di pubblicazione, determinati dalla necessità tutta burocratica di impiegare risorse 'a tempo', hanno impedito a Giovanni Rossi di affinare in tempo utile per la stampa il suo contributo dal titolo *Una voce fuori dal coro: la difesa ad oltranza della pena di morte da parte di Gabriele Verri (1776)*. L'autore, però, mi ha assicurato (e per questo lo ringrazio) che la ricerca sarà pubblicata in altra sede prossimamente.

[8] Il sovrapporsi di impegni e i tempi stretti assegnati dal sottoscritto (non dipendenti da lui, come specificato nella nota precedente) hanno impedito all'amico Federico di pubblicare nel presente quaderno il suo interessante contributo. Spero che lo farà presto in altra sede.

[9] Tra questi Elio Tavilla, che nella mattinata aveva esposto i problemi ancora aperti che risultavano dalle sue molteplici ricerche sul tema dell'abolizionismo e della pena capitale nell'Ottocento. I mille impegni da Direttore di Dipartimento gli hanno impedito nel breve lasso di tempo concesso ai relatori di predisporre un testo che non fosse ripetitivo di quanto già da lui pubblicato in altre sedi. Questo fatto, comunque, non mina ovviamente la gratitudine del sottoscritto per aver accettato di partecipare alla giornata pisana.

relazioni (determinata anche da alcuni inciampi di percorso che hanno reso la registrazione della tavola rotonda inservibile), ho ritenuto di proporgli di predisporre un contributo per il presente volume.

Chiusero la giornata alcune considerazioni del sottoscritto dalle quali ho preso spunto per la scelta della copertina del quaderno[10]. Mi è parso stimolante rappresentare la 'lunga durata' della vicenda della pena capitale di cui parla Pietro Costa nel suo saggio introduttivo attraverso significative immagini composte in un *collage*.

Nei territori toscani, al di là delle pratiche di giustizia e al di là dell'andirivieni legislativo che caratterizzò il Granducato in tema di vigore della pena di morte dal 1786 al 1859[11], per quanto riguarda l'abolizionismo, da qualche anno si sa che vi furono voci di intellettuali in un caso, antecedenti di una manciata di anni al libello di Beccaria[12], in un altro, pubblicate nell'anno abolizionista per eccellenza, il 1786[13], ovvero il *Commentario filologico-critico sopra i delitti e le pene secondo il gius divino* di Cesare Malanima[14]. È, però, alle pratiche giudiziarie che ho voluto attingere, proponendo per la copertina la registrazione dell'esecuzione di una sentenza di condanna «alle forche»[15] praticata in uno dei distretti giudiziari del Granducato d'età moderna. Segni di questo tipo, sono individuabili a bizzeffe nelle carte giudiziarie, non solo relativamente alla

[10] L'elaborazione, pur nella sua semplicità, è stata fatta non dal sottoscritto ma da Giorgio Casarosa, che ringrazio pubblicamente.

[11] M. Da passano, *La pena di morte nel Granducato di Toscana (1786-1860)*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1996, 26, pp. 39-66.

[12] Da alcuni anni sono stati resi disponibili a mezzo della sua edizione a stampa lo «Sbozzo di una dissertazione sopra la pena di morte» e altri materiali prodotti da Giuseppe Bencivenni Pelli, per dichiarazione dello stesso autore, messi su carta un paio di anni prima del libello di Beccaria: Ph. Audegan (cur.), *Giuseppe Pelli. Contro la pena di morte*, Padova, 2014.

[13] E. Dezza, *Il problema della pena di morte*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Il diritto*, Roma, 2012, pp. 227-228.

[14] Su questa opera e sull'autore, direttore della Biblioteca dello Studio pisano e docente di lingue orientali a Pisa, S. Rotta, *Un avversario della pena di morte: Cesare Malanima*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I, *Saggi storici*, Milano 1990, pp. 467-540; A. Catastini, *Malanima Cesare*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 2020 [https://www.treccani.it/enciclopedia/cesare-malanima_%28Dizionario-Biografico%29/].

[15] Si tratta di un procedimento penale risalente al 1605, le cui carte sono conservate presso l'Archivio di Stato di Pisa. L'immagine, reperibile in Archivio di Stato di Pisa, *Vicariato di Lari*, 1441, fo. 102r, è stata riprodotta su concessione del Ministero della cultura/Archivio di Stato di Pisa. Delle vicende di questo procedimento penale ho trattato in M. P. Geri, *"Che lo dica da la su e poi sarà calato": un processo criminale fra istruzioni di cancelleria e carte d'archivio*, in «Rivista di Storia del Diritto Italiano», LXXVI (2003), pp. 253-289.

pena di morte, ma a tutto l'apparato sanzionatorio[16]. Forse, però, si può aggiungere che la pena capitale si è sempre manifestata attraverso veri e propri segni tangibili della sua pratica; segni che hanno avuto in altre epoche anche la funzione di rappresentare e testimoniare l'esistenza della giurisdizione e del potere in atto. Basti pensare che nel *Dictionarium* di Alberico da Rosciate alla voce 'furca' si dice chiaramente che essa «est signum iurisdictionis»[17], segno tangibile di una prerogativa, di una potestà, e che un criminalista d'età moderna, Giovanni Bonifaci (1547-1635), senza esitazioni qualifica come reo di *crimelaesae* chi avesse eretto di sua volontà delle forche[18]. Così, l'immagine di copertina propone una sedia elettrica, che negli stati dell'Unione sostituì la forca e che oggi è stata nella gran parte degli stessi sostituita da altri metodi.

A fianco delle due immagini sopra citate, volendo evidenziare gli intrecci di lettura che uccisione, vita, scelleratezza, sanzione possono proporre e pensando anche a futuri approfondimenti, ho inserito la foto del gerarca pisano Guido Buffarini Guidi (condannato a morte nel 1945) colto nell'attimo nel quale beneficia della assoluzione prima di essere fucilato.

La quarta immagine consiste in un ritaglio di giornale riguardante l'ultima esecuzione praticata in Italia per crimini comuni nel marzo 1947, in relazione agli autori di quella che è passata alla storia come *strage di Villarbasse*. Vorrei, però, concludere con le parole pronunciate secondo le cronache dell'epoca dall'ultimo condannato a morte in Italia, la cui pena fu eseguita in maniera non perfetta al punto da richiedere una seconda scarica di fucile. Costui, taccio sul nome, così come taccio in ordine ai reati commessi, prima delle seconda scarica che lo avrebbe ucciso, disse: «Non dovreste più sparare, ma fate come credete»[19].

Questo avrebbe forse dovuto essere il titolo del seminario, e magari, mi auguro, sarà quello di un futuro momento di nuova riflessione sul tema.

Marco Paolo Geri

[16] Alcuni esempi, con schede illustrative, sono riprodotti in M. Montorzi, *Giustizia in contado. Studi sull'esercizio della giurisdizione nel territorio pontederese e pisano in età moderna*, Firenze, 1997, pp. 12-13 e tav. XX.

[17] Alberico da Rosciate, *Dictionarium iuris tam civilis, quam canonici*, Venezia 1573 (rist. an. Torino 1971), v. *furca*, p. 297.

[18] G. Bonifaci, *Liber de furtis in duodecim partes distinctus, in quo universa materia contrectationum, alienarumque rerum occupationum diligenter examinatur*, Vicenza, 1599, § *furtum*, p. 6, n. 14.

[19] *Drammatica esecuzione,* in «La Nuova Stampa», a. III, giovedì 6 marzo 1947, n. 54, p. 1.

La pena di morte, fra sovranità e diritti: a proposito di due libri recenti

Pietro Costa

Due libri recenti – l'introduzione di Marco Geri alla riedizione, da lui curata, della 'Biblioteca abolizionista' di Carrara[1] e il libro di Paolo Passaglia sull'abolizionismo del passato e del presente[2] – offrono, da diversi, ma complementari punti vista, molti stimoli per riflettere su una pena 'arcaica', ma ancora drammaticamente 'attuale'.

I due libri sono tanto diversi, quanto, idealmente, complementari in quanto mettono a fuoco livelli dell'esperienza distinti, ma necessariamente interrelati. Il libro di Passaglia ha uno scenario tendenzialmente globale: l'abolizionismo non è studiato in un paese solo o in una rosa, relativamente ristretta, di paesi affini, ma è proiettato su scala globale. È una *world history*, una storia globale, dell'abolizionismo. L'estensione planetaria dell'indagine conferisce a essa un interesse peculiare e un'indubbia originalità e un suo valore aggiunto è la sua rigorosa orchestrazione giuridica. L'abolizione della pena capitale viene studiata come un processo che, da un lato, trova nell'ordinamento e nei suoi attori il suo indispensabile *input* e, dall'altro lato, retroagisce su di essi modificandone sensibilmente le caratteristiche.

Pur con grande attenzione alle differenze storico-sociologiche dei paesi volta a volta considerati, Paolo Passaglia riesce a combinare la dimensione diacronica (l'analisi di processi che si svolgono in un arco di tempo che da metà Ottocento arriva ai nostri giorni) con una convincente analisi giuridico-strutturale e tipologica, individuando tre modalità principali dei processi abolizionistici: l'abolizione della pena capitale come l'effetto (e anche il tramite) di un salto qualitativo, di un rapido distacco dal passato e della formazione di un nuovo ordinamento; oppure, al contrario, come l'esito di un travaglio, che occupa un tempo anche lungo (lunghissimo in Gran Bretagna e in Francia) e interviene senza sconvolgere i principî

[1] M.P. Geri (cur.), *"Biblioteca abolizionista". Fermenti europei per una battaglia italiana*, Roma 2021.

[2] P. Passaglia, *La condanna di una pena. I percorsi verso l'abolizione della pena di morte*, Firenze 2021.

portanti dell'ordinamento; oppure l'abolizione come la consacrazione formale di una disapplicazione già introdotta, da un tempo più o meno lungo, nella prassi.

Seguendo le linee di questa limpida tipologia, Paolo Passaglia si sofferma sulle componenti dell'ordinamento direttamente coinvolte nel processo abolizionistico: non solo (come è prevedibile) gli attori politici, ma anche la giurisprudenza, e segnatamente le Corti supreme, di cui viene attentamente studiato ed evidenziato il ruolo, in alcuni casi di notevole impatto.

Ovviamente, tanto gli attori politici quanto le istituzioni giudiziarie non agiscono per virtù propria, ma operano in quella densa e complessa interazione di individui, gruppi, interessi, visioni ed emozioni che chiamiamo società. In particolare, è il discorso pubblico che, con speciale risalto nell'età moderna e contemporanea, influisce sulle scelte degli attori politici e degli operatori giuridici, divenendo una delle componenti importanti dei processi abolizionistici. Paolo Passaglia ne è ovviamente consapevole, ma è altrettanto consapevole che, se è possibile una *world history* dell'abolizionismo affidata alla comparazione fra ordinamenti, è sostanzialmente impossibile una ricostruzione planetaria del discorso pubblico coinvolto nel dibattito sulla pena capitale, data l'enorme varietà dei contesti storico-culturali nei quali il discorso pubblico è venuto a esistenza.

Il discorso pubblico quindi, se è presupposto, ma non analiticamente studiato da Paolo Passaglia, è invece il terreno d'indagine del lavoro di Marco Geri, che si concentra su un solo paese, l'Italia, e si sofferma su un tornante specifico, e un momento alto, dell'abolizionismo italiano: la figura di Francesco Carrara e il ruolo della sua Biblioteca abolizionista. È un contributo importante alla storia dell'abolizionismo avere reso di nuovo facilmente fruibile la Biblioteca carrariana e averla corredata di un'attenta e documentata introduzione che ne consente una precisa storicizzazione (nel contesto italiano ed europeo).

Da un lato, una comparazione ad amplissimo raggio fra ordinamenti (il libro di Paolo Passaglia); dall'altro lato, la precisa analisi, sviluppata da Marco Geri, di un episodio importante del discorso pubblico italiano ed europeo: i due lavori, come dicevo, si pongono ai punti estremi di una medesima linea (la storia dell'abolizionismo) e al contempo si confermano come idealmente complementari, se è vero che l'abolizionismo è un fenomeno bifronte, una moneta i cui due lati coincidono, rispettivamente, con le trasformazioni dell'ordinamento e con lo sviluppo del discorso pubblico (e, al suo interno, del dibattito teorico e politico-giuridico).

Fra questi estremi si sviluppa dunque la storia dell'abolizionismo. Di fronte a una storia così complessa potrò soltanto sollevare qualche

domanda e richiamare l'attenzione su alcuni profili di carattere generale, prevalentemente legati al contesto storico-culturale dell'Europa occidentale.

Una domanda è suggerita da una semplice constatazione: chi guardi alla storia complessiva della pena capitale non può non restare colpito dalla sua lunga durata. Nel mondo antico, nella società medievale, in tutta la prima modernità la pena capitale era una pratica la cui legittimità era largamente accettata. Non sono mancate eccezioni, che però non compromettevano in alcun modo la tenuta dell'opinione dominante. Le cose prendono a cambiare soltanto nel Settecento: pensiamo a Giuseppe Pelli[3] e, ovviamente, a Beccaria[4].

L'effetto deflagrante della condanna beccariana della pena capitale non è legato alla sua efficacia persuasiva. I riformatori settecenteschi accolgono con entusiasmo la visione beccariana della pena, ma per lo più si tengono a distanza dal suo abolizionismo: si pensi emblematicamente a Filangieri, o a Lardizábal, per non parlare di Kant. L'effetto irreversibile prodotto da Beccaria non è, come egli sperava, la dimostrazione definitiva dell'inutilità e dell'illegittimità della pena di morte: è l'apertura di uno spazio della critica, è la trasformazione di un *dogma* (di una certezza che esclude la possibilità di una sua messa in discussione) in un *problema*.

Conviene soffermarsi sulla portata di questo passaggio. Il passaggio della pena capitale da 'dogma' a 'problema' non ha una valenza tecnico-giuridica: non è un dibattito fra giuristi né è soltanto una riflessione sulle migliori strategie di governo. La posta in gioco è assai più impegnativa e investe frontalmente la visione della sovranità. In tutta la tradizione occidentale lo *ius gladii*, la forza affidata alla prudente e inappellabile

[3] Cfr. R. Pasta, *Contro la pena di morte. Beccaria, Giuseppe Pelli e il codice leopoldino*, in V. Ferrone-G. Ricuperati (curr.), *Il caso Beccaria. A 250 anni dalla pubblicazione del «Dei delitti e delle pene»*, Bologna 2016, p. 191-207; Ph. Audegean, *Avant Beccaria. Utopie et peine de mort au XVIIIe siècle*, in *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques*, 2017 (https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01960070/document).

[4] Fra gli scritti recenti cfr. V. Ferrone-G. Ricuperati (curr.), *Il caso Beccaria,* cit.; G. Francioni, "Ius" *e* "potestas". *Beccaria e la pena di morte*, in «Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir», II, 2016, pp. 13-49; Ph. Audegean, Ch. Del Vento, P. Musitelli, X. Tabet (curr.), *Le Bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, Lione 2017; Ph. Audegean, L. Delia (curr.), *Le moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Liverpool 2018; «Diciottesimo Secolo. Rivista della Società Italiana di Studi sul Secolo XVIII», 4 (2019); P. Garnsey (cur.), *Against the Death Penalty: Writings from the First Abolitionists – Giuseppe Pelli and Cesare Beccaria*, Princeton-Oxford 2020; T. Effer, *"Questa è la mia idea". L'iconografia della Giustizia secondo Beccaria*, in «Etica & politica», 22, 2 (2020), pp. 669-694; G. M. Labriola, *Prévenir et punir. Beccaria et la prévention des crimes*, in «Dix-huitième siècle», 53, 1 (2021), pp. 711-726.

decisione del sovrano, è una prerogativa essenziale del sovrano stesso. Di contro, pretendere di impedire al sovrano di dare la morte, sostenere che l'individuo non è sacrificabile, affermare che le sue ragioni – le sue passioni vitali, il suo bisogno di libertà – devono prevalere sulla logica del dominio, significa toccare un nervo sensibile del corpo politico.

La pena di morte, dunque, come una sfida al cuore, all'essenza stessa, della sovranità. È però davvero così? Una risposta, almeno in prima battuta, assai diversa è stata prospettata da Michel Foucault nel suo celeberrimo libro del 1975, *Surveiller et punir*. La sua interpretazione del riformismo settecentesco prende opportunamente le distanze dalla retorica del progresso e da una troppo facile celebrazione dell'umanitarismo illuministico. Le strategie penali dell'illuminismo invocano la mitezza delle pene, ma mirano a una razionalizzazione del sistema giuridico che favorisca un controllo efficiente e capillare dei soggetti, ponendo fine a un regime che, nonostante le sue leggi draconiane e la barocca messa in scena di efferati supplizi, in realtà era in grado di scalfire soltanto la superficie di una società ancora largamente 'an-archica'. Se ciò è vero, inizia una stagione destinata, in prospettiva, a lasciarsi alle spalle lo *ius gladii*, a considerare come un relitto del passato il volto terribile del potere e a moltiplicare piuttosto i dispositivi capaci di garantire un'accurata gestione dei corpi e delle menti dei soggetti (come promette di fare, esemplarmente, la pena carceraria)[5].

Le considerazioni di Foucault, a mio avviso, sono tanto indispensabili quanto parziali. È imprescindibile la sua analisi della dimensione 'governamentale' del potere politico e l'individuazione dei dispositivi disciplinari come un momento costitutivo, e non marginale e occasionale, del liberalismo ottocentesco, ma almeno due aspetti della sua ricostruzione non sembrano convincenti.

In primo luogo, non convince la sua interpretazione del riformismo settecentesco e in particolare di Beccaria, che non si limita a condannare la pena capitale in quanto inefficace, ma la denuncia come illegittima alla luce di un contrattualismo radicale, che esclude la sacrificabilità dell'individuo. Insomma, tanto per usare formule 'anacronistiche', Beccaria persegue l'obiettivo non già di una società 'disciplinare', ma di un 'diritto penale minimo'[6].

In secondo luogo, appare discutibile la tesi dell'eclisse dell'immagine antica della sovranità con l'avvento di una società moderna (post-

[5] M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parigi 1975.

[6] Cfr. A. Baratta (cur.), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli 1986.

illuministica) entro la quale il governo dei soggetti finisce per coincidere non tanto con il potere di dare la morte, quanto con il potere di far vivere (e, semmai, di 'lasciar' morire'): una società insomma dove gli interventi di carattere biopolitico hanno acquisito una rilevanza tale da rendere marginale il ricorso all'impiego 'tradizionale' della violenza.

Che la dimensione biopolitica delle società moderne-contemporanea sia una loro componente essenziale è indubbio. Occorre però valutare se i dispositivi biopolitici producano necessariamente l'effetto di mandare in soffitta le valenze tanatopolitiche della sovranità. Se così fosse, diverrebbero anomalie difficilmente spiegabili tanto l'ostinata resistenza (nel corso dell'Otto-Novecento) all'abolizione della pena di morte quanto il duro e ininterrotto scontro fra abolizionisti e sostenitori della pena capitale.

Ripercorriamo, pur con scarni e rapidissimi cenni, questo scontro: uno scontro che è stato aperto dal piccolo grande libro di Beccaria e dura fino a oggi. Beccaria riteneva di avere vinto, come egli scriveva, la causa dell'umanità dimostrando che la pena capitale era una pena inutilmente crudele perché inefficace nel raggiungimento di quella prevenzione che, per l'utilitarista Beccaria, è la condizione di legittimità necessaria (anche se non sufficiente) del diritto di punire. In realtà, già all'interno del dibattito sviluppatosi a ridosso della proposta beccariana, alla teoria della prevenzione era stata contrapposta (da Kant, innanzitutto) la teoria della retribuzione: si deve punire *quia peccatum* e non già *ne peccetur*. La pena non è un mezzo per un risultato. Se lo fosse, essa sarebbe profondamente immorale: si servirebbe infatti di un uomo – il criminale punito – come di uno strumento per un fine che non lo riguarda. Si deve punire non perché è utile, ma perché è giusto. E quindi: se hai ucciso, devi morire. A conclusioni analoghe, anche se con argomenti diversi, perveniva Hegel, che vedeva nella pena, da un lato, la restaurazione dell'ordine violato (la pena è negazione del crimine che era stato la negazione del diritto) e, dall'altro lato, uno strumento di riconoscimento dell'umanità del reo (la pena, scrive Hegel, è un diritto del criminale).

Con numerose varianti, queste opposte linee argomentative hanno percorso il dibattito sulla pena di morte nel corso dell'Otto-Novecento, senza che nessuna delle contrapposte teorie potesse essere piegata a un esito necessariamente 'abolizionistico' oppure 'retenzionistico'. Entro il paradigma utilitaristico, la tesi della minore efficacia preventiva della pena capitale è stata negata alla luce di numerosi studi di sociologica empirica (pur se contestati a loro volta da studi sociologici che giungevano a una conclusione opposta). Per quanto riguarda il paradigma retribuzionistico,

è stato opportunamente fatto osservare (da Eusebi[7]) che esso si limita a reclamare un generale criterio di proporzionalità fra reato e pena, ma non dispone di criteri cogenti capaci di indicare il tipo di pena obbligatoriamente associata con un determinato reato. Sussiste quindi un campo di indeterminazione, nelle teorie della prevenzione come nelle teorie della retribuzione, che impedisce di pervenire a soluzioni incontrovertibilmente abolizionistiche o retenzionistiche. Né le cose migliorano quando si faccia appello al valore assoluto o 'sacro' della vita umana. Questo principio infatti ha accompagnato l'intero sviluppo della *societas christiana*, ma non ha impedito affatto la legittimazione della pena di morte. Basta infatti affermare che il reo, in conseguenza del suo misfatto, perde la sua umanità degradando sé stesso al rango di essere inferiore, di bruto (è una tesi continuativamente formulata, da Tommaso d'Aquino a John Locke), per rendere compatibile la sacertà della vita umana con la legittimazione della pena capitale[8].

Nel duro conflitto fra 'abolizionisti' e 'retenzionisti' si scontrano, certo, contrapposte filosofie penali, ma la posta in gioco è più complessa ed evoca, di nuovo, il ruolo della sovranità e la visione complessiva dell'ordine socio-politico. Ovviamente, occorre guardarsi da una ricostruzione riduttiva di un dibattito assai articolato; occorre evitare di ridurlo all'epifenomeno di uno scontro fra 'progresso' e 'reazione', fra 'democrazia' e 'autoritarismo' (con il rischio aggiuntivo di offrire una visione semplificata di questo stesso scontro). È però anche vero che una strategia penale che investe il corpo dell'individuo e la sua stessa sopravvivenza difficilmente ha una valenza soltanto settoriale. Ancora una volta, il nodo che viene al pettine è il tema centrale della riflessione politico-giuridica: il rapporto fra l'individuo e il sovrano.

Forse non è allora casuale che, almeno per quanto riguarda l'Europa, un'accelerazione del processo abolizionista (un'accelerazione che fornisce qualche ottimo esempio di ciò che Paolo Passaglia chiama l'abolizione-rivoluzione) abbia luogo nel secondo Novecento e, in qualche misura, trovi il suo ideale presupposto nella svolta epocale del secondo dopoguerra: quando, come risposta al parossismo totalitario del potere, appare prioritaria l'esigenza di tutelare l'individuo e vengono valorizzati i diritti come espressione e garanzia di una vita pienamente umana. Sono poste le premesse di quella cultura dei diritti umani, che, con tutte le sue ambiguità e interne

[7] L. Eusebi, *La nuova retribuzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 26 (1983), p. 926.

[8] Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 43 (2015), pp. 817-896.

contraddizioni, ha inciso comunque a fondo sull'ordinamento internazionale così come sulle democrazie costituzionali e sull'ordinamento europeo.

Trionfano i diritti e la sovranità batte in ritirata? Credo che, anche in questo caso, una risposta univoca sia fuorviante. La mia impressione è che l'antico (vorrei dire originario) nesso fra il potere e il poter infliggere la morte non sia stato cancellato né dalla centralità della biopolitica né dalla retorica (certo non impotente, ma nemmeno onnipotente) dei diritti umani. Mi è difficile sottrarmi alla fascinazione di alcuni fulminanti passaggi di *Massa e potere*, di Elias Canetti, che segnalano una sorta di cortocircuito fra il potere e la morte. «Il vivo – scrive Canetti – non si crede mai così alto come quando ha di fronte il morto, che è caduto per sempre: in quell'istante è come se egli fosse cresciuto»[9] . Esiste un legame, antropologicamente fondato, fra il potere e la morte: il potere supremo trova la sua massima espressione, e al contempo la sua massima rassicurazione, nel potere di dare la morte. Anche nella tarda modernità, forse anche all'inizio del terzo millennio, governare i soggetti 'facendoli vivere' (per usare l'espressione di Foucault) non recide fino in fondo l'antico legame fra il potere e la morte. Lo stesso Foucault, peraltro, in un intervento del 1981 (in occasione dell'abolizione della pena capitale in Francia) non manca di esprimere qualche spunto (implicitamente) autocritico esortando a riprendere alla radice il «droit de tuer», il diritto di uccidere, per mettere a fuoco le diverse forme attraverso le quali lo Stato continua a esercitare questo 'diritto'[10].

Non possiamo dimenticare il volto terribile del potere a vantaggio delle modalità disciplinari e biopolitiche del governo dei soggetti e nemmeno possiamo occultare l'ostinata dimensione tanatopolitica della sovranità nascondendola dietro il manto rassicurante dei diritti umani, che conviene guardare in controluce tenendo presente proprio la decostruzione foucaultiana dell'umanitarismo settecentesco (nonostante i rischi 'riduzionistici' che essa presenta).

Occorre continuare a fare i conti con la violenza del potere, con quella *Gewalt* che Walter Benjamin assumeva come il punto di origine e la componente insuperabile del diritto, permanente al di là di qualsiasi cosmesi parlamentaristica e garantistica. Della *Gewalt* Benjamin indicava, come una manifestazione emblematica, la pena di morte. Ed è forse su questo sfondo che diviene più comprensibile quell'ostinato anti-abolizionismo di cui il libro di Paolo Passaglia offre ricchissime testimonianze. Certo, in Europa l'abolizionismo ha finito per trionfare, ma resta comunque impressionante

[9] E. Canetti, *Potere e sopravvivenza*, Milano 1979, pp. 14-15.
[10] M. Foucault, *Contre la peine de mort*, in «Libération», 18 septembre 1981.

che due paesi come la Francia e la Gran Bretagna (la Francia di Voltaire e di Morellet, la Gran Bretagna di Bentham) abbiano abolito la pena di morte solo alla fine del secondo millennio (nel 1981 la Francia e nel 1998 la Gran Bretagna). E soltanto nel 2002 l'Unione Europea ha condannato senza riserve la pena capitale. Se poi guardiamo al di là dell'Europa (agli Stati Uniti, alla Cina, all'Iran), la pena di morte continua a essere una 'normale' pratica penale.

La violenza del potere non si è dissolta alla luce dei diritti umani. La retorica dei diritti non riesce a sottrarre una volta per tutte la vita umana allo spazio di decisione del sovrano. Non sono finite le espressioni violente della sovranità esterna e non è quindi finito il potere sovrano di uccidere il nemico in guerra (anzi, proprio i diritti umani sono stati invocati per legittimare come 'umanitaria' l'eliminazione del nemico).

Come affermava Jacques Derrida nel suo *Seminaire La pein de mort*[11], è ancora vivo e vitale il nesso antico fra sovranità e assoggettamento crudele e violento degli individui. Di questo legame ancora non reciso fra potere e violenza la pena di morte è una drammatica espressione, ma non la manifestazione esclusiva[12]. Opportunamente Gabriella Silvestrini, in un recente saggio, ricordando il nesso fra la sovranità e la violenza esercitata sul corpo dei soggetti (degli 'assoggettati') richiama l'esistenza di «un nesso inscindibile fra pena di morte e tortura»[13] e ricorda che «la pratica della tortura, in ambito extra-processuale» è stata applicata (e anche legittimata in alcuni settori della pubblica opinione) a specifiche classi di individui: «nemici, delinquenti, emarginati»[14] .

La retorica dei diritti umani non è un guinzaglio sufficientemente robusto per il Leviatano. Sarebbe però riduzionistico considerarla soltanto la foglia di fico dell'intramontabile imperialismo dell'Occidente oppure la vuota declamazione di qualche anima bella. A me sembra che a fronte dell'antico e persistente (ora esibito, ora sotterraneo) legame fra la sovranità e l'esercizio violento e crudele del potere l'esigenza di riaffermare la non sacrificabilità dell'individuo (il nucleo forte del contrattualismo beccariano) sia ancora un rilevante punto di resistenza. È questa l'esigenza percepibile al fondo di tanti movimenti e testi abolizionistici ed è questo l'orizzonte di senso nel quale collocare l'abolizione della pena capitale.

[11] J. Derrida, *Séminaire La peine de mort*, Parigi 2012.

[12] Cfr. L. Delia, *Lumières sur l'abolition universelle de la peine de mort: Derrida lecteur de Beccaria et de Kant*, in «Rue Descartes», 93, 1 (2018), pp. 85-101.

[13] G. Silvestrini, *L'impensato di Cesare Beccaria: pena di morte e tortura a partire da Derrida e Foucault*, in «Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir», 5 (2019), p. 113.

[14] Ivi, p. 109.

In questa prospettiva, l'eliminazione della pena di morte è una tappa essenziale, ma non l'esito conclusivo, di un percorso che conduca a una progressiva umanizzazione del sistema penale, a una progressiva riduzione delle sofferenze da esso provocate. Per chi coltivi l'immagine di una società aperta, inclusiva, solidale sembra ormai ineludibile ripensare a fondo le attuali pratiche punitive e interrogarsi sul senso stesso della detenzione carceraria: una coerente strategia abolizionista non può esaurire la sua carica propulsiva nella condanna della pena capitale, ma deve proporsi, almeno come obiettivo asintotico, l'eliminazione di quella 'violenza non necessaria' di cui Beccaria aveva dimostrato l'illegittimità.

L'abolizionismo nel cerchio del diritto. Una prospettiva essenzialista

Ilario Belloni

Sommario: 1. Una premessa etimologica – 2. Una «macchina curiosa» – 3. Abolire *in toto* – 4. Il problema della pena – 5. A mo' di conclusione.

1. *Introduzione*

Come spesso accade con la ricerca etimologica, anche nel caso del termine "abolizionismo" l'etimo può essere rivelatore di qualcosa di particolarmente interessante nonché di specificamente rilevante[1]. L'interesse e la specificità di tale rilevanza sono relativi alla storia e all'ambito marcatamente *giuridico* dell'abolizionismo.

Il termine ha origine dal verbo greco *ap-oleko,* che significa 'distruggo completamente', 'faccio perire del tutto', 'mando proprio in rovina'; l'equivalente latino *abolire* deriva da *ab-eo* ('allontano da me') o da *ab-alo* ('impedisco di crescere'): l'accezione in questo caso è più mitigata, e ciò a causa della particella *ab-*, che esprime, come è noto, una privazione. Il verbo greco è invece connotato dalla particella *ap-*, che ha valore intensivo e rafforzativo e che già per questo pare più adatta a una precomprensione giuridica dell'abolizionismo, che ha a che fare notoriamente con la *forza* del diritto; un diritto che, come si vedrà, arriva, con l'atto dell'abolire, a distruggere se stesso per ricrearsi *nuovo* e *diverso*.

Peraltro, la valenza semantica del termine in questione non si coglie solo su un piano meramente lessicale. *Apoleko* è strettamente collegato ad *apollymi*, che ha il medesimo significato e dal quale deriva il nome del dio Apollo, che infatti, alla lettera, sta per "il distruttore", a conferma di come la distinzione tra apollineo (ciò in cui '*ordo*, *pondus et mensura*' raggiungono un perfetto equilibrio) e dionisiaco (irruzione del caotico, epifania

[1] Devo questa attenzione alla ricerca etimologica e le indicazioni che seguiranno sui significati del termine "abolizione" all'amico Andrea Panzavolta, che ringrazio anche per avermi invitato e aiutato a riflettere sulla dimensione *mitica* dell'atto di abolire.

dell'informe) non vada resa in termini assoluti[2]. Come tutte le divinità, anche Apollo è un dio doppio, emblema di una irriducibile endiadi. Si pensi soltanto agli oggetti che la tradizione gli attribuisce, e cioè la lira e l'arco: la melodia prodotta dalla prima si trasforma nel sinistro ronzio della corda che scocca la saetta (e proprio nella veste di "distruttore" Apollo fa la sua comparsa all'inizio dell'*Iliade*, dove stermina con i suoi dardi l'esercito acheo); d'altronde, «poiché arco e lira pertengono all'unico dio, per cui la freccia è anche suono e il suono è anche freccia, pure la musica oltre alla parola [...] agisce»[3].

Ma Apollo è anche il dio della mantica, che lancia i suoi enigmi (in molti passi della letteratura greca il verbo impiegato è, appunto, 'scoccare enigmi', come se questi fossero frecce) agli uomini. Enigmi che possono colpire con la più rovinosa delle distruzioni (per tutti valga il caso di Edipo) se non si ha una mente sempre interrogante e dunque sempre dubbiosa. Può davvero *risolvere* (altro verbo di origine latina che evoca distruzione, da *risolvere*, 'ridurre a nulla') gli enigmi del dio solo chi possiede l'attitudine a distruggere i propri preconcetti, a demolire le proprie opinioni ritenute inconcusse, a deradicare qualsiasi pretesa di essere nel giusto. Ma non è già qui, *in nuce*, quell'*Auseinandersetzung*, quel dibattimento severo, intransigente, che non conosce cedimenti, con l'altro, sola via per un reciproco tramontare e oltrepassarsi? E non è questa pure la via "buona" del diritto, inteso come prassi dialogica e rideterminato da un continuo confronto con sé stesso e con l'altro-da-sé? L'abolizionismo *giuridico* – lo vedremo in conclusione – vuole, in fondo, e a un tempo *pre*-mette, come condizione della sua operatività, proprio questo.

[2] Su "apollineo" e "dionisiaco", con particolare riferimento all'ambito giuridico, si veda L. Alfieri – D. Corradini, *Abissi. Meditazioni su Nietzsche*, Milano 1992, in part. pp. 286 e ss.

[3] F. Bonsignori, *Note e norme: strane parentele*, in D. Edigati – M. P. Geri (curr.), Iura communia. *Scritti in ricordo di Mario Montorzi*, Pisa 2022, p. 75, che mette in luce la singolare consonanza di musica e diritto nella figura mitica del dio Apollo. Per una lettura e interpretazione complesse di tale figura, che pongono bene in risalto gli aspetti e i significati della "doppiezza" di Apollo, restano imprescindibili i riferimenti al contributo di W. Otto, *Gli dei della Grecia. L'immagine del divino nello specchio dello spirito greco* (1929), Milano 2004 (2ª ed.), nonché allo studio di K. Kerény, *Gli dèi e gli eroi della Grecia. Il racconto del mito, la nascita della civiltà*, Milano 1963; utili indicazioni si ritrovano anche in G. Colli, *La sapienza greca*, I, Milano 1990 (9ª ed.).

2. *Una «macchina curiosa»*

Una delle pagine ove meglio risalta la forza *distruttrice* dell'atto di abolire è quella kafkiana di *Nella colonia penale*[4]. Nel racconto si assiste a una vera e propria epifania dell'abolizione, ovvero a come possa *finire in rovina* – letteralmente – un intero sistema penale (quello della colonia immaginata e descritta da Kafka). Già la sola presenza di un "esploratore" che assiste all'esecuzione a cui sovraintende l'"ufficiale" preconizza il momento dell'abolizione della procedura penale in essere nella colonia: l'ufficiale, d'altronde, si preoccupa di cosa dirà in pubblico l'esploratore e del modo in cui si atteggerà agli occhi del nuovo comandante della colonia, e, soprattutto, di come quest'ultimo volgerà la situazione a proprio favore. Può valere la pena fare riferimento qui e nel seguito ad alcuni passaggi del racconto in quanto particolarmente evocativi della lettura dell'abolizionismo che si intende offrire col presente contributo:

> L'ufficiale per un poco lo lasciò in pace; a gambe larghe, con le mani sui fianchi, se ne stette fermo, guardando la terra. Poi sorrise all'esploratore, come per incoraggiarlo, dicendo: «Ieri mi trovavo vicino a lei, quando il comandante la invitò. Ho sentito come l'invitava. Conosco il comandante; così compresi subito lo scopo di quell'invito. Per quanto il suo potere sia abbastanza grande da permettergli di procedere contro di me, pure ancora non ne ha il coraggio, ma vuol espormi al suo giudizio, al giudizio di uno straniero autorevole. Egli calcola con assoluta esattezza: è il secondo giorno che lei si trova nell'isola; non ha conosciuto il vecchio comandante, né il suo modo di pensare; legato ai pregiudizi della cultura europea, è forse per principio ostile alla pena di morte in generale e a una forma di esecuzione capitale meccanizzata in particolare, inoltre ha potuto vedere come l'esecuzione si svolge senza partecipazione di pubblico, malinconicamente, con una macchina già un po' logora – non sarebbe perciò più che possibile (così pensa il comandante), tenuto conto di tutto ciò, che lei non ritenesse giusta la mia procedura? E se tale non la ritenesse (parlo sempre seguendo il pensiero del comandante), non lo passerà sotto silenzio, perché confiderà naturalmente nella sua ormai ben provata esperienza. Lei certo ha notato e imparato a rispettare molte caratteristiche di molti popoli, perciò non si pronuncerà probabilmente contro questa procedura con tutto l'impegno che ci metterebbe, forse, se si trovasse in patria. Ma il comandante non pretende tanto. Gli basta una parola buttata lì come per caso, una parola incauta soltanto. E non importa che risponda pienamente alle sue convinzioni, basta che

[4] F. Kafka, *Nella colonia penale* (1914), in Id., *Tutti i racconti* (cur. E. Pocar), Milano 2017.

> in apparenza venga incontro ai desideri del comandante. Ch'egli la interrogherà con grande astuzia, ne sono più che sicuro. E le sue signore se ne staranno sedute intorno drizzando le orecchie. Lei dirà all'incirca: Da noi la procedura è diversa, o, Da noi s'interroga l'imputato prima di pronunciare la sentenza, o, Da noi ci sono anche altre condanne oltre la pena di morte, oppure, Da noi le torture si usavano solo nel Medioevo. Sono tutte osservazioni che a lei sembrano tanto giuste quanto naturali, osservazioni innocue, che non toccano la mia procedura. Ma come le accoglierà il comandante? Mi par di vederlo, il buon comandante, scostar subito la sedia per precipitarsi al balcone mentre le sue signore gli corron dietro; mi par di sentir la sua voce – le signore la chiamano una voce tonante – ed ecco quel che dice: Un grande studioso occidentale chiamato a esaminare le procedure giudiziarie in tutti i paesi, ha detto or ora che la nostra procedura, che segue ancora le antiche usanze, è inumana. Dopo un simile giudizio di una personalità così autorevole, non mi è naturalmente più possibile tollerare questa procedura. Da oggi ordino dunque... ecc. ecc. Lei vuole intervenire, dichiarare di non aver detto quello ch'egli ha proclamato, di non aver chiamato inumana la mia procedura; che al contrario, per sua matura convinzione, la ritiene la più umana e più degnamente umana; che ammira anche questo meccanismo, ma è troppo tardi; lei non riesce neppure ad arrivar sino al balcone, ch'è già gremito di signore; vuol farsi notare; vuol gridare; ma una mano femminile le tura la bocca, e io e l'operatore del vecchio comandante siamo perduti»[5].

Far andare perduti: è questo l'effetto proprio dell'atto di abolire. Il vecchio comandante della colonia, che ha messo a punto la "macchina" penale («una macchina curiosa», come la definisce l'ufficiale presentandola all'esploratore[6]) che esegue le sentenze incidendo fino alla morte sul corpo dei condannati il comandamento che essi hanno violato, e l'ufficiale, che si adopera ostinatamente affinché la macchina sia in grado di continuare a funzionare, *sono perduti* a causa di un'opinione "esterna", quella dell'esploratore, che pare avere molta più forza distruttrice di quanto l'autorità e il potere nella colonia del nuovo comandante non riescano ad assicurare a quest'ultimo.

L'abolizione viene sempre da fuori, sembra quasi volerci dire Kafka: si manifesta con forme e modalità *in-attese*, come *in-atteso* nella colonia è verosimilmente l'esploratore. Questi è per un verso certamente atteso perché invitato dal nuovo comandante ad esaminare le procedure giudiziarie della colonia, per altro verso è inatteso poiché nella colonia non si credeva

[5] Ivi, pp. 262-263.
[6] Ivi, p. 247.

davvero possibile che qualcuno – per giunta uno "straniero" – potesse interessarsi ancora alle sorti della giustizia penale. Del resto, come si legge proprio in apertura del racconto,

> l'esploratore sembrava aver ceduto soltanto per cortesia all'invito del comandante di assistere all'esecuzione capitale di un soldato condannato per insubordinazione e oltraggio al superiore. Anche nella colonia penale non c'era, evidentemente, un grande interesse per questa esecuzione nella piccola valle, profonda, sabbiosa, isolata da ogni parte da pendii scoscesi e brulli, non c'erano, almeno in quel momento, oltre all'ufficiale e all'esploratore, che il condannato, un uomo mezzo inebetito, dalla bocca larga, e i capelli e il viso in disordine, e un soldato, che teneva la pesante catena a cui facevan capo le altre più piccole che serravano il piede, i polsi e il collo del condannato, e ch'erano poi collegate tra di loro da altre catene ancora[7].

L'abolizione arriva sempre da fuori, come "straniera" al sistema, e si manifesta (*i. e.* manifesta la propria forza distruttrice) in un colpo solo, se così si può dire. Inizialmente, infatti, l'esploratore non dà l'impressione di volere, o quanto meno di potere, porre fine o mandare in rovina tutto ciò a cui si trova ad assistere: «Io non posso né esserle utile né danneggiarla»[8], dice rivolgendosi all'ufficiale. Ma vi è un momento, un passaggio significativo del racconto, in cui il dio dell'abolizione – se così si può chiamare, ovvero l'Apollo delle suggestioni evocate in apertura – si manifesta. Un momento che viene suscitato, in realtà, dall'ufficiale, il quale invita l'esploratore a far udire "finalmente la sua parola"[9] nella adunanza pubblica a cui verrà chiamato a partecipare: anche fossero solo "due parole", anche fossero solo mormorate[10], l'importante è che vengano dette, ribadisce l'ufficiale, perché esse sono certamente *dovute*.

E allora la manifestazione dell'abolizione si compie tutta ad un tratto:

> La risposta da dare era, per quest'ultimo [l'esploratore], fin dall'inizio, indubbia: nella sua vita aveva accumulato sin troppe esperienze per esitare in quel punto; in fondo era un uomo onesto e coraggioso. Tuttavia, vedendo il soldato e il condannato, esitò per un istante. Ma alla fine disse quel che doveva dire: «No». L'ufficiale batté più volte gli occhi, ma non distolse da lui lo sguardo. «Desidera una spiegazione?»

[7] *Ibid.*
[8] Ivi, p. 264.
[9] Ivi, p. 266.
[10] *Ibid.*

> chiese l'esploratore. L'ufficiale accennò in silenzio di sì. «Sono un avversario di questa procedura» disse allora l'esploratore «ancor prima che lei mi concedesse la sua fiducia – e di questa fiducia, naturalmente, non abuserò in nessun modo – avendo già riflettuto se avevo il diritto di intervenire contro questa procedura e se il mio intervento poteva avere una pur modesta possibilità di successo. A chi mi dovessi rivolgere per primo in questo caso era chiaro: al comandante, naturalmente. Lei me ne ha convinto ancor di più, senza per questo aver rafforzato la mia decisione, al contrario, la sua onesta convinzione mi commuove, anche se non può farmi accettare un'opinione errata»[11].

E che gli effetti della pronuncia dell'esploratore siano letteralmente devastanti – lungi dal rappresentare le sue parole solo una mera opinione o un parere privato – lo si evince dal passo successivo del racconto, ossia da quello che accade una volta che l'ufficiale ha udito ciò che l'esploratore ha detto. Accade, per l'appunto, una *distruzione*, la distruzione dell'intera macchina, dell'intera procedura, ovvero di tutto il sistema penale della colonia. La descrizione della macchina che va in frantumi è emblematica e scioccante ad un tempo, anche perché si compie con l'esecuzione dell'ultima sentenza, quella nei confronti dell'ufficiale, il quale, dopo aver liberato il condannato che avrebbe dovuto essere giustiziato secondo la procedura prevista, si sottopone egli stesso a quest'ultima, inserendo nel disegnatore il foglio con la scritta "*Sii giusto*" che poi la macchina, attraverso un erpice, imprimerà sul suo corpo.

> L'esploratore si morse le labbra e tacque: sapeva già quel che sarebbe avvenuto, ma non si credeva in diritto di trattenere in qualche modo l'ufficiale. Se la procedura penale, alla quale l'ufficiale teneva tanto, era davvero così prossima ad esser soppressa, probabilmente per l'intervento dell'esploratore, intervento a cui questi dal canto suo, si sentiva impegnato, allora l'ufficiale agiva con perfetta coerenza, e l'esploratore, al posto suo, non avrebbe agito altrimenti. [...] Il condannato, particolarmente, sembrò colpito come dal presentimento di un gran rivolgimento. Quel che era accaduto a lui capitava ora all'ufficiale. E forse questa volta si sarebbe andati fino in fondo. Probabilmente era stato l'esploratore a dare quell'ordine. Era dunque una vendetta. Pur senza aver sofferto sino all'estremo limite veniva ora vendicato sino in fondo. Un riso largo e silenzioso si affacciò da quel momento sul suo volto e non vi scomparve più[12].

Singolare è il modo in cui la macchina va in rovina: più che esplodere o

[11] Ivi, pp. 266-267.
[12] Ivi, p. 270.

frantumarsi, essa perde i pezzi, gli ingranaggi, espellendoli dal suo interno e dunque dis-integrandosi:

> pareva che una immensa forza comprimesse il disegnatore in modo da non lasciar più posto per la ruota che, girando su di sé fino all'orlo del disegnatore, cadde giù, ruzzolò un po' sulla sabbia e poi vi si adagiò. Ma già in alto spuntava un'altra ruota e poi molte altre dietro a lei, grandi, piccole, appena visibili, e tutte facevano la stessa fine; veniva sempre da credere che il disegnatore si fosse vuotato, ma ecco un nuovo ancor più numeroso gruppo di ruote che si sollevavano, cadevano, ruzzolavano e poi si adagiavano nella sabbia[13].

Così sino all'epilogo finale, descritto da Kafka in una scena che viene "vista", e non a caso, con gli occhi dell'esploratore: durante la distruzione della macchina, questi era apparso «molto inquieto; la macchina evidentemente andava in pezzi; il suo andamento regolare all'inizio era stato un inganno»; impressionato dalla caduta delle ruote, aveva trascurato di osservare le altre parti della macchina. Ma dopo che fu espulsa dal disegnatore l'ultima ruota, e altre non ne seguirono, chinandosi sopra l'erpice «ebbe una nuova e peggiore sorpresa»[14]:

> L'erpice non scriveva ma trafiggeva soltanto, e il letto non faceva girare il corpo ma lo spingeva soltanto, sussultando, contro gli aghi. L'esploratore voleva intervenire e, se era possibile, arrestare la macchina; non era più una tortura come l'aveva voluta raggiungere l'ufficiale, ma un vero e proprio assassinio. Tese le mani. Ma già l'erpice si sollevava da un lato, col corpo trafitto, come faceva di solito soltanto dopo dodici ore. Il sangue correva in cento rivoli, ma non mescolato all'acqua, anche le piccole tubature d'acqua questa volta non avevano funzionato. E anche l'ultimo movimento fallì: il corpo non si staccò dai lunghi aghi, il sangue sgorgava tutto dalle ferite ma il corpo restava sempre sospeso sopra la fossa senza cadere[15].

Mantenuto dalla macchina in quella posizione spettacolare, come se dovesse essere esibito a tutti gli astanti, il corpo dell'ufficiale stava lì a testimoniare, verosimilmente insieme, la fine della procedura e un nuovo inizio:

> Così [l'esploratore] vide, quasi suo malgrado, il volto della salma.

[13] Ivi, p. 272.
[14] *Ibid.*
[15] *Ibid.*

> Era rimasto com'era in vita; non si poteva cogliere nessun segno della promessa trasfigurazione; quel che tutti gli altri nella macchina avevano trovato, per lui, no, non c'era stato. Le labbra eran serrate con forza, gli occhi aperti avevano l'espressione della vita, lo sguardo era tranquillo e convinto, la fronte trapassata dalla punta del grande ago di ferro[16].

"Superato" dalla sua stessa abolizione – conseguenza, come si vedrà in conclusione, che l'atto autentico dell'abolire sempre *com-porta* – l'esploratore-Apollo, prima di imbarcarsi e non fare più ritorno nella colonia, non anela ad altro se non a visitare la tomba del vecchio comandante, il mentore dell'esecuzione ora abolita e sepolta anch'essa sotto la sabbia, come le ruote di quella che fu la "curiosa" – più che gloriosa – macchina penale.

3. *Abolire* in toto

Se si è indugiato sulla dimensione apollinea/distruttiva dell'abolizione e se si è analizzata nel dettaglio la "rovina" cui va incontro l'intero sistema della colonia penale descritto da Kafka – la macchina rappresenta, a tutti gli effetti, almeno per ciò che riguarda l'ordinamento della colonia voluto dal vecchio comandante, qualcosa di *sistemico*[17] – è per mettere in rilievo, tra i vari aspetti e le molte implicazioni, la portata tendenzialmente "universale", o, se si preferisce, egemonizzante, generalizzante, di qualsivoglia istanza abolizionista. Con ciò si intende significare che l'atto del distruggere, del mandare in rovina, per essere davvero tale e per produrre gli effetti tipici dell'abolizione ha bisogno di essere riferito alle fondamenta e, al contempo, all'estensione tutta della costruzione da abolire. Altrimenti non si produrrebbe una vera ed efficace distruzione, ma solo dei crolli e delle perdite parziali.

D'altronde, se si guarda a come storicamente l'abolizionismo si è manifestato e a cosa solitamente è stato riferito si può notare, assieme alla

[16] Ivi, p. 273.

[17] È vero che in diversi passaggi, richiamati anche nel testo in precedenza, sembra che la questione si riduca al fatto che la macchina finisca con l'uccidere il condannato, e dunque con l'infliggere a costui la pena della morte; tuttavia, la macchina stessa è ben rappresentativa di ciò che si intuisce essere l'intero sistema penale della colonia e, in fondo, dell'ordinamento giuridico espressione della volontà del vecchio comandante (il quale, non a caso, come spiega l'ufficiale, è stato il vero e proprio ideatore della macchina), della sua logica interna, tutta *penale* (d'altronde, si tratta di una colonia che altro non è, per l'appunto, se non "penale").

sua vocazione essenzialmente *giuridica*, una sorta di tendenza, o meglio, di portata generalizzante: Gesù rassicura i suoi discepoli di essere venuto a compiere la Legge anziché abolirla, come essi pensavano; e qui l'abolizione viene, appunto, riferita alla legge *in toto* (e benché mai ad alcune sue parti); del resto, basta guardare alle principali istanze abolizioniste che si sono susseguite nel tempo per comprendere come esse abbiano riguardato un'istituzione, una pratica, una consuetudine giuridica considerate sempre globalmente e nella loro interezza: l'abolizione della schiavitù è forse il caso più noto, ma non è certamente l'unico.

Per altre pratiche, ovvero istituti giuridici, come la tortura e la pena di morte, le cose sembrano stare negli stessi termini. Ma solo apparentemente, in realtà. Con l'abolizionismo classico – quello di Beccaria, per intendersi – è certamente vero che si attaccano, allo scopo di abbatterle, pratiche disumane; ma, a ben vedere, ciò che non viene messo in discussione è il *principio* stesso (inteso alla lettera) della pena, ciò da cui la pena origina, la sua logica più profonda. La quale in altro non consiste se non, in definitiva, nella inflizione di un male e nella sofferenza, nel patimento, che ciò genera inevitabilmente su degli esseri senzienti e vulnerabili quali sono gli umani. È una logica che soggiace, se si osserva con attenzione l'atteggiarsi del diritto *della* e *nella* modernità, alla costituzione e all'esercizio del potere sovrano nonché ovviamente alle teorie che ne hanno giustificato, ovvero fatto vedere, l'emersione e la venuta ad esistenza. Ritroviamo, così, su questa strada, la sovranità dello stato che si esercita attraverso un diritto essenzialmente *penale*, caratterizzatosi quale insieme di regole sull'uso della forza, e una traiettoria di pensiero che muove dai classici della filosofia politica, come Hobbes e Locke, fino ad arrivare alle riflessioni teorico-giuridiche novecentesche di Kelsen e Ross[18].

Diritto-potere-pena appare come una triade che si consolida con il consolidarsi della sovranità moderna. Non a caso, tanto le riflessioni di marca giusnaturalistica quanto quelle successive, tipiche di contesti teorici e culturali profondamente mutati, proprie del giuspositivismo ottocentesco, hanno, in fondo, sempre inserito nella relazione tra diritto e potere l'elemento della pena, riconosciuto come ineludibile, quando non proprio costitutivo della relazione stessa. Un giusnaturalista come John Locke non esitava a intendere per "potere politico"

> il diritto di fare leggi che contemplino la pena di morte e di conseguenza tutte le pene minori, in vista di una regolamentazione e conservazione

[18] Cfr. in proposito U. Curi, *Il paradosso della pena*, in U. Curi - G. Palombarini (curr.), *Diritto penale minimo*, Roma 2002, pp. 401 ss.

> della proprietà, e il diritto di impiegare la forza della comunità nell'esecuzione di tali leggi e nella difesa dello Stato da attacchi esterni: tutto questo soltanto ai fini del pubblico bene[19].

La logica *penale* del diritto e del potere, del resto, è già presente, per Locke, nello stato di natura nelle forme del "*right to punish*", dacché la doverosa esecuzione della legge naturale è affidata «nelle mani di ogni uomo, per cui ognuno ha il diritto di punire il trasgressore di quella legge nella misura in cui ciò può impedire la sua violazione»[20]; come caratteristica della legge naturale essa non scompare nello stato politico, ove il "potere di autoesecuzione" di tale legge passa dal ritrovarsi nelle mani di ciascuno all'essere attributo esclusivo del potere sovrano. Il potere che ciascun individuo ha nelle proprie mani consiste nel "procurare del male" così da impedire, in generale, possibili violazioni della legge naturale e da ottenere, nel caso particolare, adeguata "riparazione"[21]. D'altronde, la legge naturale in altro non consiste, per Locke, se non in un

> vincolo di diritto […], secondo il quale ognuno è tenuto ad assolvere l'obbligo naturale, a compiere cioè quel dovere che ad ognuno spetta di compiere in ragione della sua stessa natura, oppure è tenuto a subire la pena dovuta, in caso di reato[22].

---

[19] J. Locke, *Il secondo trattato sul governo*. *Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile* (1690), trad. it. A. Gialluca, introduzione di T. Magri, Milano 1998, p. 63. Altrove Locke ribadisce la sostanziale *penalità* della legge "civile": «A civil law is nothing but the agreement of a society of men either by themselves, or one or more authorised by them, determining the rights, and appointing rewards and punishments to certain actions of all within that society» (si tratta del manoscritto lockiano del 1678 intitolato "Law", consultabile in M. Goldie (cur.), *Locke: Political Essays*, Cambridge 1997, pp. 269-70).

[20] J. Locke, *Due trattati sul governo* (1690), B. Casalini (cur.), PLUS, Pisa 2007, pp. 191-192.

[21] Sulla dimensione "sanzionatoria" della legge si veda anche J. Locke, *Saggio sull'intelletto umano* (1690), a cura di Marian e Nicola Abbagnano, Torino 1971, p. 413, laddove Locke istituisce un nesso costitutivo tra "legge" e "sanzione del bene o del male", sottolineando che ogni "specie" di legge (la legge *divina*, la legge *civile*, la legge dell'*opinione* o della *reputazione*) «ha la sua diversa sanzione, cioè diverse ricompense e castighi. Infatti, sarebbe del tutto vano supporre che venga posta una regola alle azioni libere degli uomini senza che vi sia annessa una qualche sanzione del bene e del male per determinare la sua volontà; dobbiamo dunque supporre che ovunque c'è una legge, ci dovrà essere anche qualche ricompensa o castigo annessi a quella legge».

[22] J. Locke, *Saggi sulla legge naturale* (1954), M. Cristiani (cur.) e con una introduzione di G. Bedeschi, Roma-Bari 1996, p. 62.

Pena che Locke non esita a far consistere nel male più grave, ossia nell'"uccisione" di chi, «avendo rinunciato alla ragione – comune norma e misura che Dio ha dato all'umanità – ha […] dichiarato guerra all'intero genere umano». Il che è esattamente ciò che si fa con «un leone o una tigre, una di quelle bestie selvagge con cui gli uomini non possono mettersi in società né ricevere sicurezza»[23].

Con il giuspositivismo ottocentesco il discorso giuridico non pare destinato a cambiare radicalmente strada: i fondamenti e i destini del diritto si ritrovano ancora compromessi con l'idea di un male procurato, con l'inflizione di una sofferenza, di un dolore. Nel definire il diritto come "comando", John Austin ha cura di specificare che l'atto del comandare

> è distinto dalle altre manifestazioni di un desiderio non per la forma nella quale il desiderio è manifestato, ma per il potere e per lo scopo della parte che comanda di infliggere un male o un dolore nel caso in cui il desiderio non sia eseguito[24].

Per Austin, solo se un comando *contiene* quel potere di infliggere un male o un dolore nel caso in cui il desiderio che ne costituisce l'oggetto non venga realizzato per inosservanza da parte del comandato, allora il comando sarà propriamente tale, ovvero propriamente "giuridico", costitutivo del diritto positivo.

4. *Il problema della pena*

Se ben si guarda, alla base di entrambe le concezioni del diritto appena passate in rassegna (quella lockiana e quella austiniana) resta un assunto antropologico *fondamentale*, ossia quello di un essere umano, su cui il diritto si esercita, costitutivamente *sensibile* al dolore (come pure al piacere) e, in quanto tale, assoggettabile a qualcosa che, in definitiva, ne assecondi la natura.

La triade diritto-potere-pena ne porta in scena un'altra: pena-sensibilità-dolore. È *in questo punto* che si situa la riflessione di Beccaria. Riflessione *filosofica* sul diritto – è bene specificarlo – come tale attenta a cogliere le "costanti" del fenomeno giuridico, da quelle antropologiche a quelle di

[23] J. Locke, *Il secondo trattato sul governo*, cit., p. 75.

[24] J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (1832), M. Barberis (cur. e introduzione), Bologna 1995, p. 21.

natura valoriale[25]. Riprendendo alcune suggestioni proprie del sensismo dello stesso Locke e di Condillac[26], Beccaria riformula l'argomento della *sensibilità* riferendolo precisamente alla pena, definita – e non a caso – «motivo sensibile»[27]: se come esseri *senzienti* non avvertissimo sempre e comunque *piacere* e *dolore* non vi sarebbe verosimilmente altro modo per indurci a tenere le condotte prescritte dalla legge se non quello attraverso cui opera una pena (e, per converso, un compenso)[28]. La legge stessa, in quest'ottica, dotandosi di determinati requisiti (pubblicità, chiarezza linguistica, comprensibilità, prontezza, proporzionalità tra pene e delitti, e così via) [29] non fa che consentire un *discorso della/sulla sensibilità*, rendendo la sofferenza inflitta dalle pene "utile" proprio perché riferibile ad esseri *senzienti*.

Quanto l'argomento della sofferenza in rapporto alla pena possa

[25] La portata filosofica della lettura del fenomeno giuridico operata da Beccaria viene messa in risalto da Ph. Audegean, *Cesare Beccaria, filosofo europeo* (2010), Roma 2014. Si veda, a questo proposito, D. Ippolito, *Filosofia e diritto penale in Cesare Beccaria. Intervista a Philippe Audegean*, in «Notizie di Politeia», 116 (2014), pp. 53-61, ove si legge: «la produzione di norme penali non richiedeva la cognizione del diritto vigente o lo studio delle tradizioni passate, bensì la conoscenza di un ordine delle cose che precede e sorregge il diritto: quello dell'animo umano e della storia della civilizzazione. A questo genere di conoscenza, Beccaria dà il nome di *filosofia* o *scienza dell'uomo*» (ivi, p. 55).

[26] Cfr. in proposito G. Zarone, *Etica e politica nell'utilitarismo di Cesare Beccaria*, Napoli 1971, pp. 15 ss., ove viene analizzata in dettaglio l'ispirazione filosofica sensista delle opere di Beccaria, a partire dalle *Ricerche intorno alla natura dello stile*. Per un raffronto tra la prospettiva filosofica lockiana e quella di Beccaria, relativo ai motivi psicologici del sensismo, con particolare riferimento al tema della pena di morte, si veda S. Lynn, *Locke and Beccaria: Faculty Psychology and Capital Punishment*, in «Postscript», 5 (1988), pp. 1-12. Sulle tradizioni filosofiche a cui attinge la riflessione di Beccaria sia consentito rinviare a I. Belloni, *Tradizione filosofica e modernità giuridica nel* Dei delitti e delle pene *di Cesare Beccaria*, in G. Rossi e F. Zanuso (cur.), *Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione*, Napoli 2015, pp. 179-193.

[27] «Vi volevano de' motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società. Questi motivi sensibili sono le pene stabilite contro agl'infrattori delle leggi» (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, A. Burgio (cur.), prefazione di S. Rodotà, Milano 1991, p. 37).

[28] «Dico *sensibili motivi*, perché la sperienza ha fatto vedere che la moltitudine non adotta stabili principii di condotta, né si allontana da quel principio universale di dissoluzione, che nell'universo fisico e morale si osserva, se non con motivi che immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per controbilanciare le forti impressioni della passioni parziali che si oppongono al bene universale» (*ibid.*).

[29] Sono le caratteristiche e i contenuti delle leggi "illuminate" che Beccaria richiama proprio nel paragrafo e nei passi conclusivi del *Dei delitti e delle pene* (cfr. ivi, pp. 114-115).

apparire, per molti versi, *in-fondato* (perché si dovrebbe soffrire al fine di ristabilire un presunto ordine cosmico che la commissione del reato punito avrebbe messo in crisi?) è questione rilevante[30], che tuttavia esula, in parte, dagli scopi della presente trattazione. Più significativa e problematica, ai nostri fini, si rivela la circostanza per cui il diritto, nel gestire la sensibilità, si appropria della vita, nella sua più esposta "nudità", e insiste su di un *corpo* al fine di "trattarlo"[31]. Ad essere in questione è allora la *necessarietà* del rapporto tra pena e sensibilità e dunque la pensabilità della pena in termini di qualcosa che produce (*deve* produrre) necessariamente dolore/piacere. Cosa sarebbe della pena, quale il suo destino, se si prescindesse del tutto dal dato della sensibilità? Quello che in definitiva qui si vuole suggerire è che, anche se impostato in termini di sensibilità, il discorso della pena non sembra poter ignorare la "pena come problema"[32]. Prima ancora della (o contestualmente alla) messa in questione del rapporto consustanziale tra colpa e pena, un altro rapporto, altrettanto stretto e "originario", ossia quello tra diritto e pena, andrebbe allora radicalmente ripensato.

Sebbene dichiaratamente abolizionista riguardo alla pena di morte e alla tortura, la "filosofia" beccariana si rivela in linea con l'idea per cui la *penalità* informa di sé la *giuridicità*, la questione essendo semmai quale pena sia più funzionale al discorso giuridico della modernità (non si spiegherebbe altrimenti come mai Beccaria consideri più "utili" della pena di morte le pene del carcere a vita, dei lavori forzati e della "schiavitù perpetua"[33]);

[30] Cfr. su ciò U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino 2019, specialmente pp. 103 ss.

[31] Per le implicazioni in termini biopolitici di questo dispositivo giuridico è d'obbligo il rinvio a G. Agamben, Homo sacer. *Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995 (ora disponibile anche in una versione estesa e integrale che ricomprende gli scritti dell'autore sul tema successivi alla prima edizione: cfr. G. Agamben, Homo sacer. *Edizione integrale 1995-2015*, Macerata 2018). Si veda anche, a tale riguardo, S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006.

[32] Si mutua qui il titolo di un noto studio di F. Cavalla, *La pena come problema. Per un superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova 1979, dedicato al tema in questione.

[33] È nota, a tal proposito, la critica che Derrida ha rivolto sul punto a Beccaria in ragione di un «sovrappiù di crudeltà» di tali pene, funzionale proprio ad una loro maggiore utilità (cfr. J. Derrida, *Tempo e pena di morte. Un seminario triestino*, in «Etica & Politica», III (2001) 1 e, più diffusamente, dello stesso autore, *La pena di morte*, vol. 1 (1999-2000), Milano 2014). Le notazioni critiche di Derrida all'opera di Beccaria sono state utilizzate per proiettare il discorso sulla pena al di là dell'ottica stringente della penalità tipica della giuridicità e statualità moderne, nella direzione di una pena che operi su un piano orizzontale e relazionale, come è nella prospettiva della cosiddetta "pena dialogica" (cfr. P. Moro, *Contro la pena capitale. Fondamenti e limiti della concezione abolizionista di Cesare*

idea che, sulla scia di Beccaria, ripropone tutta la tradizione abolizionista *classica*, la quale rischia dunque di rimanere soffocata, se così si può dire, *nella* e *dalla* logica della giuridicità moderna (quella logica che gli autori a cui abbiamo fatto riferimento, come Locke – che certamente abolizionista non era – o Austin, hanno portato alla luce). Tale tradizione finisce in ciò, anzi, per minare alcune delle sue stesse premesse teoriche: come affermano diversi autori abolizionisti, anche tra quelli della "biblioteca abolizionista" carrariana, la pena di morte non è, a stretto rigore, una *pena*[34]; non c'è alcun *penare* all'atto dell'esecuzione capitale – se non per il tempo della sua attesa, e allora meglio sarebbe infliggere la morte subito dopo la condanna. Ma proprio qui si tocca un nervo scoperto: condannare la pena di morte non significa affatto condannare la pena *tout court*, la logica stessa della pena; anzi, forse più o meno consapevolmente, vuol dire affermare il primato della pena come manifestazione tipica del diritto, come la sua più chiara epifania.

Se dunque gli autori non dichiaratamente abolizionisti hanno mostrato più chiaramente i presupposti *penalistici* del diritto moderno, quelli abolizionisti hanno posto la questione della proporzione tra pena e reato e considerato *inutile* un supplizio come quello capitale; ma raramente hanno messo in dubbio il nesso strutturale tra diritto e pena[35]. Si tratta allora di ripensare i fondamenti del diritto facendo emergere il problema della pena, ovvero, come si diceva poc'anzi, "la pena come problema"; o meglio ancora, individuando nella pena *il* problema del diritto.

Opportunamente, allora, uno dei testi di riferimento di questo *focus* monografico in tema di abolizione della pena di morte è stato intitolato

Beccaria, in G. Rossi - F. Zanuso (curr.), *Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione*, cit., pp. 155-178).

[34] Si rimanda, qui e nel seguito, alla raccolta dei testi oggetto del seminario per il quale è stato predisposto il presente contributo M. P. Geri (cur. e introduzione), *"Biblioteca abolizionista". Fermenti europei per una battaglia italiana*, Roma 2021.

[35] Interessante è in proposito la posizione di uno degli autori della *"Biblioteca abolizionista"*, sopra citata, promossa da Francesco Carrara, e cioè Karl Anton Joseph Mittermaier, il quale, se da un lato coglieva criticamente «la necessità dell'intimidazione penale allo scopo di prevenire i delitti» proprio in base all'argomento dei «danni sensibili» (ivi, pp. 44-45), dall'altro lato affermava, in conclusione al suo scritto, come lo stato abbia certamente «il diritto di minacciare ed infliggere pene, poiché esso segue in ciò il principio fondato nella universale coscienza, che chi disturba l'ordine giuridico deve patire un male giustamente proporzionato alla quantità della sua reità» e come tuttavia la pena rappresenti «soltanto uno dei mezzi di tutela del diritto, e propriamente l'estremo, a cui non si deve ricorrere se non quando tale scopo non si possa egualmente raggiungere cogli altri mezzi di cui lo Stato può disporre» (p. 131).

La condanna di una pena[36]: la pena di morte non è che una fra le molte pene, di certo la più disumana, ma non diversamente dalle altre condivide l'assunto della inflizione di un male al condannato e fonda la propria ragion d'essere, come si è avuto modo di vedere, sul dato di una ontologica sensibilità e vulnerabilità tipiche della condizione umana.

Meglio sarebbe, forse, percorrere la strada di un diritto che supera la propria dipendenza dal "principio del dolore" e dalla utilità del male: depenalizzazione, pena dialogica, giustizia riparativa sono solo alcuni segni prognostici che fanno intravedere la possibilità che questa strada si apra. Si tratta di approfondire questa direzione e lasciare spazio a una prospettiva abolizionista più *generale* e *fondamentale*, come quella che è rappresentata dal cosiddetto "abolizionismo penale radicale"[37]. Un abolizionismo, quest'ultimo, di portata *sistemica*, perché mina le fondamenta dell'intero edificio penale, mettendo in discussione, per l'appunto, il sistema penale in quanto tale e i principi su cui esso si basa (dalla criminalizzazione del reo alla logica stringente della pena). Nelle parole – e nelle intenzioni – di uno dei suoi massimi esponenti, Louk Hulsman,

> bisogna abolire il sistema penale. Cioè rompere il legame speciale che unisce tra loro, in maniera incontrollata e irresponsabile, in spregio alle persone direttamente implicate, con l'ideologia di un'altra epoca e appoggiandosi a un falso consenso, gli organi di una macchina cieca di cui persino il fine è di produrre una sofferenza sterile[38].

[36] Cfr. P. Passaglia, *La condanna di una pena. I percorsi verso l'abolizione della pena di morte*, Firenze 2021. Ancora più significativamente il convegno per il quale è stato predisposto questo contributo e il presente volume sono stati intitolati "Condanna a una pena, condanna di una pena". Il diritto, in fondo, condanna sempre ad una pena e, al contempo, si chiede sempre al diritto di condannare, nel senso di abolire, una pena piuttosto che un'altra: ciò, però, se ben si guarda, non pare configurare un circolo propriamente virtuoso.

[37] Riprendo la denominazione e la definizione offerta da M. Pavarini, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in «Dei delitti e delle pene», 3, 1985, pp. 525-550, il quale ha fatto luce sulla varietà delle posizioni abolizioniste, distinguendo tra "abolizionismo istituzionale" (rivolto alla sola istituzione carceraria e alle altre istituzioni penali segregative), "riduzionismo penale" (che «milita in favore di un "contenimento", di una drastica "riduzione" della sfera giuridico-penale») e, appunto, "abolizionismo penale radicale", con cui si intende fare riferimento «ad una critica radicale dell'intero sistema penale unitamente ad una proposta politica volta a "fare a meno" del sistema della sofferenza legale» (pp. 525-526). Su un piano diverso, più teorico e meno pragmatico ma non per questo meno *radicale* negli esiti abolizionistici, si collocano le posizioni di coloro che mirano a una decostruzione dei principi di colpevolezza e di retribuzione per come questi vengono attuati e recepiti dagli ordinamenti contemporanei (si veda, in proposito, L. Milazzo, *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Torino 2018).

[38] L. Hulsman – J. Bernat de Célis¸ *Pene perdute. Il sistema penale messo in discussione*

Una prospettiva di questo tipo può indubbiamente riportare l'attenzione sull'essenza dell'abolizione nel diritto, secondo quanto si è cercato di dare conto nelle pagine precedenti, nonché sull'essenza del diritto stesso: privando quest'ultimo del tratto distintivo della penalità si aprirebbero *per il diritto* possibilità e scenari del tutto inattesi e interessanti; chiamando in causa la forza distruttrice del dio Apollo e quell'istanza rivoluzionaria che l'atto stesso di abolire dovrebbe sempre portare con sé, il diritto si ritroverebbe indubbiamente ad essere pensato come *nuovo* e *diverso*.

5. *A mo' di conclusione*

Ritroviamo così, giunti a questo punto, una delle "figure" che abbiamo incontrato muovendo i primi passi di questa trattazione, e cioè quella del

(1982), prefazione e postfazione di N. Christie, nota e traduzione di V. Guagliardo, Milano 2001. Hulsman nota, peraltro, come l'abolizione del sistema penale si potrebbe realizzare "facilmente": esso rappresenta infatti «una delle rare "forme di organizzazione sociale" che potrebbe scomparire senza porre problemi particolari, perché le organizzazioni che compongono tale sistema non ne dipendono affatto. La maggior parte di esse hanno un compito importante all'esterno del sistema penale, non vivono di esso e possono esistere senza di esso». Forse, per certi versi, meno netta e radicale, rispetto ad altri autori del suo stesso filone teorico, appare la posizione di Hulsman riguardo alla pena: pur condividendo le critiche al "principio del dolore" alla base dell'idea di pena nei sistemi penali moderni, Hulsman concentra la sua attenzione sull'aspetto del consenso, ovvero dell'accordo tra le due parti (il soggetto punito e l'autorità che punisce): «quando non c'è relazione tra colui che punisce e colui che è punito, o se non c'è riconoscimento d'autorità, si giunge a situazioni in cui è assai difficile parlare di legittimità della pena. Se l'autorità è pienamente accettata, si può parlare di giusta pena». La burocratizzazione del sistema penale, per Hulsman, «non consente un accordo soddisfacente tra le parti, e, in tale contesto, i rischi di dismisura della punizione sono straordinariamente elevati. Un sistema che mette a confronto, se così si può dire, l'organizzazione statale e un individuo non potrà comminare una pena "umana". [...] A livello macro-statale, i concetti di pena e di responsabilità individuale si rivelano quindi come fittizi, infecondi, traumatizzanti. Una riflessione su "il diritto" o "la necessità" di punire che pretenda di collocarsi a questo livello è dunque aberrante. È solo nei contesti di prossimità, là dove possano esser ridati dei significati concreti ai concetti di responsabilità individuale e di "punizione" che è eventualmente possibile riprendere una tale riflessione, sia al livello mezzo dei rapporti tra gli individui e i gruppi o istituzioni a loro vicini, sia al livello micro delle relazioni interpersonali, laddove cioè è possibile raggiungere il vissuto della gente». Per tali ragioni Hulsman, pur denunciando il diritto di punire dello stato, non rifiuta *a priori* l'idea di qualche misura coercitiva né quella di responsabilità personale; si tratta semmai di ricercare a quali condizioni certe misure coercitive possono svolgere un qualche ruolo di «riattivazione pacifica del tessuto sociale».

dio Apollo, e siamo ora in grado di coglierne ancor più in profondità il "senso giuridico".

Una delle raffigurazioni scultoree più note legate al dio in questione è quella custodita nel museo del Louvre di Parigi, denominata "Torso di Mileto": il legame è dato dai versi di una altrettanto nota lirica, che Rilke compose contemplando questa scultura e a cui diede il titolo di *Torso arcaico di Apollo*. Si tratta di una scultura monca, mancante di alcune sue parti: di un torso, per l'appunto, nel quale tuttavia Rilke vede come compendiata l'immagine, la forza e la bellezza del dio greco. Conviene riportare per intero i versi del componimento:

> Non conoscemmo il suo capo inaudito,
> e le iridi che vi maturavano. Ma il torso
> tuttavia arde come un candelabro
> dove il suo sguardo, solo indietro volto,
>
> resta e splende. Altrimenti non potrebbe abbagliarti
> la curva del suo petto e lungo il volgere
> lieve dei lombi scorrere un sorriso
> fino a quel centro dove l'uomo genera.
>
> Repentinamente i versi del poeta si rivolgono a un "tu" in cui è impossibile non riconoscersi e alla pietra su cui il torso è scolpito, che sembra richiamare proprio quel "tu" (*i. e.* tutti noi) a raccolta:
>
> E questa pietra sfigurata e tozza
> vedresti sotto il diafano architrave delle spalle,
> e non scintillerebbe come pelle di belva,
>
> e non eromperebbe da ogni orlo come un astro:
> perché là non c'è punto che non veda
> te, la tua vita. Tu devi mutarla[39].

Una pietra, «sfigurata e tozza», in ciò non dissimile dal diritto, che, apparentemente così inerte, pietrificato, in realtà vive, erompe «da ogni orlo come un astro», brucia e scintilla «come pelle di belva». E più che essere guardato, vede noi che lo osserviamo, come la macchina della colonia penale kafkiana, la quale, più che essere ammirata, come vorrebbe l'ufficiale, vede l'esploratore e sembra quasi voler comunicare qualcosa, ovvero interrogare (*i.e.* interrogarci), perché, come si comprende bene alla fine, è

[39] R. M. Rilke, *Torso arcaico di Apollo*, in Id., *Nuove poesie. Requiem*, G. Cacciapaglia (cur.), Torino 1992.

come se avesse vita propria. Una pietra, la macchina, il diritto, guardandoci "da ogni punto", vedendo noi, la nostra vita, ci chiamano a cambiarla radicalmente, ci esortano alla distruzione di un *nòmos* per crearne uno nuovo. Quell'imperativo "devi mutare la tua vita" sembra fare *pendant* con un altro imperativo, quel "*Sii giusto*" che il disegnatore della macchina della colonia penale si appresta ad incidere sul corpo dell'ufficiale, nell'ultima esecuzione prima di (auto)distruggersi. Ecco il senso dell'abolizione e la ragione profonda dell'abolizionismo nel diritto. In fondo, è il diritto stesso, come *parte* della nostra esistenza, che chiede di essere mutato, per superarsi di continuo, per tramontare ancora e ancora. Come un torso, come un "resto" *incessante*, che chiama sempre a nuova vita.

Pena di morte e percezioni della morte

Marco Cavina

> Arrio Antonino in Asia aveva scatenato una caccia senza tregua contro i Cristiani, allora tutti i Cristiani di quella regione si radunarono e si presentarono in gruppo davanti al suo tribunale [per avere la morte]. Egli ne fece giustiziare alcuni pochi, sfottendo gli altri: «Voi altri, se volete morire, andate ad impiccarvi o buttatevi in qualche burrone[1].

Il caso riportato da Tertulliano si colloca nella cultura cristiana anteriore al riconoscimento di Costantino, in una cultura "di lotta", e col culto del martirio, come avviene spesso in questi casi. Questo episodio di martirio volontario/suicidio indiretto, scelto fra i tanti possibili, lo riprendiamo qui in chiave meramente introduttiva ed esemplare intorno alla necessità di rapportare la pena di morte alla sua tanatologia soggiacente, cioè alla percezione della morte nelle sue coordinate spazio-temporali[2]. Non a caso la più autorevole condanna cristiana del suicidio sarà operata da Agostino soltanto alla fine del IV secolo, e proprio per porre freno a popolosi movimenti eterodossi (soprattutto donatisti fra cui, in particolare, i cosiddetti *circumcelliones*), che aspiravano alla morte per la fede, praticando il martirio volontario, ma potremmo ricordare – per limitarci ad alcuni esempi eclatanti – l'*endura* catara[3], alcuni movimenti

[1] Tertulliano, *A Scapula*, cur. P.A. Gramaglia, Roma 1980, [V.1] p. 209]. Vedi anche, per la bibliografia recente sul punto, R. Cacitti, *Furiosa Turba. I fondamenti religiosi dell'eversione sociale, della dissidenza politica e della contestazione ecclesiale dei Circoncellioni d'Africa*, Milano 2006; B.D. Shaw, *Sacred Violence. African Christians and Sectarian Hatred in the Age of Augustine*, Cambridge 2011. Ancora fondamentale sul tema A. Bayet, *Le suicide et la morale*, Parigi 1922.

[2] In apertura, per l'approfondimento di più di una fonte qui citata, mi permetto di rinviare una volta per tutte a un mio libro (M. Cavina, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Bologna 2015).

[3] Per un primo approccio cfr. D. Bazzocchi (cur.), *L'eresia catara. Appendice: "Disputationes nonnullae adversos haereticos"*, Bologna 1920; M. Lambert, *I catari*, Casale Monferrato 2001. Ma si vedano soprattutto i saggi di R. Manselli, *L'eresia del male*, Napoli 1963; Id., *Un'abiura del XII secolo e l'eresia catara*, in Id., *Il secolo XII: religione popolare ed eresia*, Napoli 1983, pp. 209-226; Id., *Dolore e morte nell'esperienza religiosa catara*, ivi, pp. 261-276.

islamici sino ad una più complessa problematica ascrivibile al buddismo e all'esperienza giapponese. Se la "buona morte" è concetto estremamente relativo – storicamente, culturalmente, cetualmente – è estremamente variabile insieme ad esso anche l'impatto e il significato della morte come pena, collocandosi – nell'Antichità come oggi – (e l'osservazione è quasi banale) nel coacervo delle culture materiali e nei valori condivisi, oltre che nel diritto dotto e nella valenza normante delle religioni. La tassonomia dei valori di una società o di un gruppo conferisce alla morte – e quindi alla pena di morte – significati estremamente diversi.

Non è certo mia intenzione affrontare un tema di tale portata[4]. Il mio scopo è soltanto quello di illuminare tale problematica sulla base di alcune fenomenologie in cui mi sono imbattuto nel corso dei miei studi. Secondo la più radicata tradizione storico-giuridica, la pena di morte è considerata pena applicata per eccellenza dalla giustizia di apparato, quasi rappresentandone una icona. L'esperienza storica ce ne fornisce, però, una immagine ben più complessa e sfaccettata. Pensiamo al "linciaggio" da parte della comunità, che manifesta la propria coesione nella soppressione del condannato. Pensiamo a molte società patriarcali tradizionali, dove il maschio capofamiglia – nei casi comunitariamente condivisi – è giudice e carnefice nei confronti di chi da lui dipende, siano essi servi, figli o moglie (soprattutto se adultera).

Né dobbiamo passare sotto silenzio come gran parte delle società tradizionali imperniano la soluzione dei conflitti sul diritto della vendetta formalizzata secondo le consuetudini locali, dove le parti del boia sono svolte da parenti e 'confratelli'. Soltanto una vecchia e attardata storiografia considera i sistemi vendicatorii di soluzione dei conflitti come una sorta di pre-diritto, se evitiamo le forche caudine dell'attualismo eurocentrico.

Né dobbiamo passare sotto silenzio che nella storia europea almeno uno dei tre ordini fondamentali della società, quello dei *bellatores* e della nobiltà di spada[5], secondo la tassonomia valoriale di ceto non considerò mai la morte l'evento più drammatico: il problema era quello dell'onore.

In queste pagine intendo, però, riprendere una casistica su cui ho già avuto modo di soffermarmi, interpretandola come una forma

[4] Si veda soprattutto A.M. di Nola, *La nera signora. Antropologia della morte e del lutto*, Roma 2001.Sulla storia della morte appare oggi superato e scarsamente condivisibile quanto a fonti e metodo il classico Ph. Ariès, *Storia della morte in Occidente dal Medioevo ai giorni nostri*, trad. it. Milano 1978. Per un imponente sguardo d'insieme segnaliamo, invece, il volume miscellaneo F.P. De Ceglia (cur.), *Storia della definizione di morte*, Milano 2014.

[5] Cfr. M. Cavina, *Il sangue dell'onore. Storia del duello*, Roma-Bari 2005.

di "atteggiamento eutanasico". Qui, invece, vorrei svolgerne alcune osservazione sotto il profilo del significato della pena per la sua esemplare eccentricità, ma – al contempo – per la sua esemplarità. Mi riferisco all'omicidio suicidiario.

Per comodità prendiamo le mosse dal *Rituale Romanum* di Paolo V e dalle litanie incentrate sulla salvezza dell'anima[6]. Fra di esse, emerge la celebre invocazione: *A subitanea et improvisa morte libera nos, Domine*[7]. E questo perché secondo la religione ufficiale la "morte in grazia di Dio" è il massimo bene che il cristiano possa conseguire in questo mondo, un bene difficile da ottenere, in quanto la morte è certa, ma incerta ne è la data[8]. Il vero orrore non è tanto la morte, quanto la sua imprevedibilità. La morte improvvisa rende impossibile accostarsi ai sacramenti e pentirsi dei propri peccati, conducendo alla dannazione eterna[9]. L'uomo retto e pio incorre in una debolezza e muore in quel momento, segnato dal peccato mortale; il "ladrone" si pente della sua vita efferata in punto di morte e se ne va con il Cristo in paradiso. Era, questo, un problema davvero grave in una società ancora fortemente coesa sui valori religiosi. Ed ecco diffondersi preghiere a taluni Santi, che garantivano dalla morte repentina. Ed ecco, soprattutto, l'enorme diffusione di una trattatistica *De arte moriendi* / *De arte bene moriendi*, oggetto di una vasta storiografia, fra cui risalta il noto saggio del Tenenti[10]. Proprio nel contesto della massiccia veicolazione di questo messaggio religioso nei libri e dai pulpiti, germina nella società una particolare forma di omicidio suicidiario. Nel suo diffusissimo saggio *De arte moriendi*, il celebre Roberto Bellarmino consigliava – rivolgendosi in particolare alle varie confraternite di "confortatori" – di convincere al pentimento e ai sacramenti i condannati a morte nei giorni precedenti l'esecuzione, argomentando che morire sul patibolo era fra le sorti più felici che potesse capitare al cristiano. In essa poteva essere aggirato il gravissimo problema dell'imprevedibilità della morte e della dannazione eterna per l'impossibilità di redimersi[11].

Parole consolatorie, quelle del Bellarmino. Purtroppo, l'eterogenesi

[6] *Rituale Romanum Pauli V. P.M. iussu editum*, Romae 1617, pp. 118, 121-122.

[7] Ivi, (*Litaniae*) p. 92.

[8] Da ultimo cfr. M.P. Donato, *Morti improvvise. Medicina e religione nel Settecento*, Roma 2010.

[9] Ad esempio, si veda V.M. De Nobili, *Ragionamenti cristiani sovra la morte repentina, ed improvvisa. Con un ragguaglio della pia Congregazione della Improvvisa Morte*, Venezia 1756.

[10] A. Tenenti, *Il senso della morte e l'amore della vita nel Rinascimento*, Torino 1989.

[11] R. Bellarmino, *De arte bene moriendi libri duo*, Coloniae Agrippinae 1634.

dei fini produsse una singolare forma di omicidio suicidiario, per cui si praticava un omicidio (o altro reato punito con pena capitale, come una presunta zooerastia), di cui poi ci si autodenunciava, proprio al fine di essere condannati a morte, redimendosi col pentimento, e conseguendo così il sacramento elargito dai confortatori e dai chierici[12], la cui presenza era quasi ovunque obbligatoria in occasione delle esecuzioni capitali. Si tratta di un reato tutt'altro che raro, soprattutto nell'Europa centrale e settentrionale, dove la storiografia se ne è occupata con una certa intensità dalla fine del secolo scorso. Possiamo ricordare – senza pretese di esaustività – gli studi di Arne Jansson per Stoccolma[13], di Vera Lind per lo Schleswig Holstein[14], di Jürgen Martschukat per Amburgo[15], di Tyje Krog per la Danimarca[16], di Craig Koslofsky e Dana Rabin per la Gran Bretagna[17], fino a Kathy Stuart, che a studiato con lodevole accortezza 116 casi avvenuti nel Sacro Romano Impero fra il 1612 e il 1839[18]. Occorre rilevare che non è così netta una influenza del protestantesimo. Si è ipotizzata la netta prevalenza in area evangelica anche per un fatto contingente di ricerca storica: la maggiore ricchezza di fonti specifiche – i *consilia* medico-legali – e la più precoce medicalizzazione. E non dimentichiamo che si tratta di una tipologia di reato individuabile con estrema difficoltà per evidenti motivi.

Il nome di questo singolare crimine, tutto proiettato a conseguire la morte sul patibolo, varia fra gli storici e anche fra i giuristi e i legislatori che, soprattutto fra XVII e XVIII secolo, se ne occuparono: *Selbstmord durch Tötung anderer*, *mittelbarer Selbstmord*, *Suicide by proxy*, ma non solo. Abbiamo adottato quello di omicidio suicidario, attribuendogli – in altra

[12] Cfr. A. Prosperi (cur.), *Misericordie. Conversioni sotto il patibolo tra Medioevo ed età moderna*, Pisa 2007.

[13] A. Jansson, *From Sword to Sorrow. Homicide and Suicide in Early Modern Stockholm*, Stockholm, 1998; Id., *Suicidal Murders in Stockholm*, in J. R. Watt (cur.), *From Sin to Insanity: Suicide in Early Modern Europe*, Ithaca 2004.

[14] V. Lind, *Selbstmord in der Frühen Neuzeit. Diskurs, Lebenswelt und kultureller Wandel*, Göttingen 1999.

[15] J. Martschukat, *Inszeniertes Töten. Eine Geschichte der Todesstrafe vom 17. bis zum 19. Jahrhundert*, Cologne 2000.

[16] T. Krogh, *Henrettelsens Fascination. Om Selvmordsmord og Statsreligiositet 1700-Tallet*, in «Jyske Historiker», 105 (2004), 19-34.

[17] C. Koslofsky - D. Rabin, *The Limits of the State: Suicide, Assassination, and Execution in Early Modern Europe,* in A. Bahr - H. Medick (curr.), *Selbsttötung als kulturelle Praxis. Ansätze eines interkulturellenhistorischen Vergleichs*, Cologne 2005, pp. 45-63.

[18] K. Stuart, *Suicide by Proxy. The Unintended Consequences of Public Executions in Eighteenth-Century Germany*, in «Central European History», 41(2008), pp. 413-445.

sede e ad altri fini di approccio interpretativo – una valenza eutanasica. Sotto il profilo criminologico è interessante notare un profilo – non esclusivo – di genere. I trattatisti tendono a definirlo come reato di donne e, comunque, di soggetti con scarsa scolarizzazione, con una qualche parentela antropologica con l'infanticidio, reato tipicamente femminile. Certo è che nella maggioranza dei casi l'omicidio aveva solitamente come vittima un bambino: dagli interrogatori emerge che la giustificazione era nel fatto che il bambino era puro e destinato al paradiso, e l'omicida-suicida non intendeva condannare nessuno all'inferno: non era, quindi, un reato impulsivo, ma razionale e ampiamente premeditato e preparato. In verità, ricorrono anche presunti casi totalmente inventati, e fondati unicamente sulla confessione, talvolta scoperti dai giudici, insospettiti da omicidi senza *corpus delicti* ovvero da inopinate confessioni di zooerastia o di incendio.

Certo è che l'omicidio suicidiario approda – nella seconda metà del '700 – anche nelle riviste di giurisprudenza, delle quali non abbiamo compiuto un censimento completo, ma possiamo segnalare i saggi contenuti negli *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten* [1788-1809][19]. In pieno XIX secolo, ormai rubricato nel quadro delle psicosi/monomanie, si ritrova ancora nello studio del 1868 sulle facoltà intellettuali e morali nei criminali di Prosper Despine[20], e così in Cesare Lombroso[21]. Qualche assonanza contemporanea si può rintracciare nel *suicide by cop*.

Quanto ai legislatori e alla reazione della giustizia di apparato, in una prima fase che copre la prima metà del '700 e oltre, la pena – sul filo della *Constitutio Carolina* – appare stabilmente la pena di morte esacerbata: una legge di Norimberga [1702]; un editto austriaco [1706]; un editto dello Schleswig Holstein [1767]. Successivamente, anche sulla scia delle riflessioni dottrinali, che evidenziarono il paradosso di punire

[19] Si vedano, ad esempio, Anonimo, *Maria Dorothea Bulsinn, eine unglückliche Versmacherinn*, in «*Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten*», 1788, pp. 170-196; E.F. Klein, *Selbstmord durch Tötung anderer; dargestellt in der Untersuchungssache wider die Anne Rosine Dunkel*, in «*Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten*», 1796, pp. 220-248.

[20] P. Despine, *Psychologie naturelle. Étude sur les facultés intellectuelles et morales dans leur état normal et dans leurs manifestations anomales chez les aliénés e chez les criminels*, II, Paris 1868.

[21] C. Lombroso, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, quinta ediz., I-III, Torino 1896. Si veda anche H. von Weber, *Selbstmord als Mordmotiv*, in «*Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*», 28(1937), pp. 161-181.

con la morte chi aspira alla morte, l'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794 prevede un carcere a vita estremamente rigoroso, intervallato da pene fisiche e vilipendiose:

> § 831. Ist aber ausgemittelt, dass jemand, bey sonst ungestörtem Gebrauche seines Verstandes, aus Schwärmerey, oder sonst in der Absicht, hingerichtet zu werden, einen Todschlag begangen hat: so soll derselbe zwar seinen Endzweck nicht erreichen. §832. Er soll aber lebenslang im engsten Gefängnisse unter besonderer Aufsicht bewahrt, und zu gewissen bestimmten Zeiten öffentlich gezüchtigt werden.

I giuristi dotti affrontarono l'omicidio suicidiario, prendendo le mosse dalla *Constitutio Carolina*, e dibattendo se si trattava di omicidio qualificato (*homicidium proditorium per insidias*), e quindi se dovesse applicarsi la pena della ruota e non la mera decapitazione, secondo il §137. Di questa idea era sicuramente Augustin von Leyser, professore a Halle e alto magistrato della prima metà del '700, che nelle sue *Meditationes ad Pandectas*, ne attestava l'altissima diffusione – «Accidit nempe fere quotidie […]»[22] – e scriveva che, nelle vesti sia di giudice che di giurista, quando venne richiesto di parere, ritenne sempre che dovesse applicarsi la ruota, cioè la pena di morte esacerbata contro l'opinione di molti colleghi, i quali gli obiettavano che l'omicidio per insidie dovesse intendersi più restrittivamente:

> Verum mea aetate plures vicies contigit, ipseque aliquoties de puniendo huiusmodi insidioso homicidio in collegiis iuridicis., quibus adsedi, deliberavi. Atque ego quidem, suffragium meum rogatus, idem semper, quod Tiberius apud Tacitum Annali 1 cap. 72 Pompeio Marco, *exercendas leges esse*, ac nefarium insidiatorem rota contundi oportere, dixi. Intercesserunt collegae, ac mihi, indubia legum verba urgenti, interpretamenta et traditiones patrum, ista verba ad obsessiones viarum, proditiones et latrocinia restringentium, opposuerunt[23].

Di diversa opinione era Johann Paul Kress nella *Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V Imperatoris* (1736), rilevando nell'elemento soggettivo la carenza di quell'efferato interesse o di quella crudeltà, che identificava l'omicidio qualificato rispetto a quello semplice[24]. Ed anche il più celebre Johann Samuel Friedrich von Böhmer nelle sue

[22] Au. von Leyser, *Meditationes ad Pandectas,* IX, Franckenthalii 1778, p. 587.
[23] Ivi p. 588.
[24] J.P. Kress, *Commentatio succincta in Constitutionem criminalem Caroli V. Imperatoris*, Hanoverae 1730, p. 395.

Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam (1770) escludeva che si potesse parlare di omicidio qualificato, in quanto l'omicidio suicidiario era compiuto *in desperatione*, e quindi con una qualche *impotentia animi* e un minor livello di imputabilità, passibile di mera *poena gladii*[25]. Più in generale, Karl Ferdinand Hommel – nelle note alla sua traduzione tedesca di *Dei delitti e delle pene* di Beccaria, ma soprattutto nella sua opera più importante, *Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium* (1765-1766) – rifletteva sull'omicidio suicidiario quale pericolosissima figura di suicidio indiretto / *autochiria mediata*, «De autochiris indirectis, ut ipsi beate pereant, aliorum liberos trucidant, atque se deinde ultro deferunt»[26]. A monte di tutto era – secondo lo Hommel – la perniciosissima propaganda clericale, per cui le ambasce di animi semplici andavano a coniugarsi con un malaccorto messaggio religioso:

> Sane mirum clericos magis excandescere contra eos, qui semet ipsos interficiunt, quam contra eos, qui alienum infantem eumque innoxium proditorie interficiunt, eo consilio, ut sic ipsi per sententiam pereant, quod multo intolerabilius quam si sibi ipsis brevi manu mortem conscivissent. Autochiriam hanc mediatam dicere soleo. Nempe clericolrum clamores et tonitrus contra propricidas potissimum effecere, ut per ambages duae caedes perpetrentur, una innoxii infantis, altera caedentis infantem et se ipsum deferentis[27].

Rispetto a queste consolidate filiere dottrinali, la prospettiva muta polemicamente e radicalmente in un saggio di Johann Melchior Gottlieb Besecke (1746-1802) giurista e filosofo tedesco, professore all'Università di Halle. Nel 1791, il Besecke pubblicò *De homicidio ex vitae taedio ad*

[25] J.S.F. von Böhmer, *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, Halae Magdeburgicae 1774, pp. 692-693 «Placuit nonnullos, etiam eos huc referre, qui vitae pertaesi, ex mera desperatione proxime occurrentem opprimunt, ideo, quod nemo ab his cavere possit. Fateor, insidias et animum directum semper in hos cadere, sed impotentia animi, quam desperatio producit, suadet, ut multum imputationi et spontaneitati detrahatur, et dandum aliquid sit erumpenti fortiori inclinationi, quae, etsi in se vitiosa sit, tantae efficaciae tamen est, ut quasi invitum trahat, ac propellat ad exitium; contra, alia ratio sit eorum, qui cum plena voluntatis libertate in scelus hoc ruunt, et sic ex nulla parte speciem excusationis allegare possunt. Unde illi quidem non immerito gladii poenam; hi vero crurifragium subeunt».

[26] K.F. Hommel, *Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium neque tamen legibus decisarum*, V, Byruthi, 1785 [observatio DCVIII] p. 259, ma anche Id., *Anmerkungen […] des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, Vienna 1786, p. 148.

[27] Ivi, p. 264, ma anche pp. 259-265.

oppetendam mortem commisso non mortis poena sed perpetuis carceribus puniendo[28]. Il titolo chiarisce già con estrema chiarezza il senso dell'opera. La pena deve essere calibrata sui costumi, l'indole, i pregiudizi dei destinatari. Nel caso di specie, l'*homicidium ad mortem oppetendam ex vitae taedio commissum* è commesso *ob superstitiosam religionem*, e della concreta morfologia di quella superstizione occorre tener conto. Pur dichiarandosi nient'affatto contrario alla pena di morte in generale, ma ne sottolinea l'evidente inidoneità per la repressione dell'omicidio suicidiario, tanto sotto il profilo della prevenzione generale che di quella speciale[29]. Certo – sostiene il Besecke –, se è pur vero che secondo il principio di proporzionalità all'omicidio suicidiario sarebbe da applicarsi la pena di morte, la si deve nondimeno evitare in quanto realizzerebbe il fine criminoso perseguito, e ciò nella percezione sia del condannato sia degli altri cittadini. Insomma, nel caso specialissimo dell'omicidio suicidiario *la pena non è pena* per l'omicida, «Poena enim, quae intuitu delinquentis poena non est, neque maior esse, neque cum poenis alius generis comparari potest»[30]. E allora? Riallacciandosi a Beccaria, il carcere perpetuo sarà la pena più grave per chi delinqua, per arrivare sul patibolo. Ancor meglio, secondo Besecke, era il carcere aggravato pesantemente secondo l'arbitrio del giudice, in considerazione della qualità delle persone e delle circostanze, anche con una periodica pubblicizzazione della pena, quale autorevole deterrente[31]: la soluzione del *Landrecht*. Il nesso tra la fonte dottrinale e quella normativa potrebbe essere oggetto di adeguato approfondimento.

[28] J.M.G. Besecke, *De homicidio ex vitae taedio ad oppetendam mortem commisso non mortis poena sed perpetuis carceribus puniendo*, in J. F. Plitt (cur.), *Analecta Iuris Criminalis*, Francofurti-Lipsiae 1791, pp. 164-183.

[29] Ivi, pp. 164-170 «summa in puniendo servetur iustitia et poenae cum delicto proportio […] Neque etiam minus spectari debet ipsum poenae genus, quod pro indolis suae diversitate, diversa quoque efficit […] in puniendo homicidio , ad mortem oppetendam ex vitae taedio commisso, observavimus […] proposuimus nobis, inquirere in iustitiam poenae capitalis, quae homicidis eiusmodi indistincte quandoque infligi solet, et ostendamus aliam plane poenam, ac solet, esse statuendam […] Kressius […] statuite nim, illos, qui homicidium ad vitae taedium ad oppetendam mortem comittunt, non esse, solche muthwillige Moerder, in quo Carolus rota animadvertit. Hinc gladii poenam decerni satis esse, videtur Kressio. Attamen nec Boehmero nec Kressio assentire ex iustis et evidentissimis rationibus possumus, qui quidem poenam capitalem non plane improbamus, sed in hoc solummodo delicto maxime incongruam arbitramur […] mortis poena intuitu homicidae ex vitae taedio, non erit poena, sed potius obtentio finis, quem appetebat».

[30] Ivi, p. 173.

[31] Ivi, pp. 175-183.

Appunti per una discussione sulla pena di morte tra diritto canonico e diritto vaticano

Pierluigi Consorti

Sommario: 1. Premessa – 2. La pena di morte nel diritto canonico – 3. La pena di morte nella riflessione canonistica – 4. La pena di morte nel diritto vaticano.

1. *Premessa*

Desidero affrontare due questioni fra loro strettamente connesse, che non mi sembra siano state ancora sufficientemente trattate nella letteratura canonistica, e che invece meriterebbero certamente maggiore attenzione. La prima riguarda la pena di morte nel diritto canonico e la seconda la pena di morte nella riflessione canonistica. Il diritto canonico strettamente inteso non prevede infatti la pena di morte, tanto che un discorso fondato sul diritto positivo si potrebbe concludere molto velocemente, a meno che non si voglia tener conto della dottrina, anche canonistica, che si è occupata della legittimità giuridica della pena di morte comminata dai detentori del potere secolare. Quest'ultimo tema appare particolarmente suggestivo se si considera la circostanza speciale offerta dalla legislazione dello Stato pontificio, che ovviamente non è diritto canonico, ma pur sempre diritto posto dalla massima autorità ecclesiastica.

In questa sede devo necessariamente limitarmi a svolgere una riflessione schematica, che spero possa suscitare qualche successivo approfondimento. Mi devo anche scusare perché, in un convegno di storici, non potrò procedere alla necessaria puntuale storicizzazione del tema, o dei due temi che ho proposto, e che invece dovrebbero essere trattati declinandoli nei diversi contesti che hanno determinato le singole scelte giuridiche. Un lavoro di questo genere richiede molto più impegno di quello che posso profondere oggi: sono costretto a procedere per sommi capi e spero perdonerete alcune generalizzazioni un po' semplificanti.

Lasciatemi preliminarmente ricordare che la pena di morte ha origine antichissima, tanto che essa si presenta come un «fatto naturale». Un Autore ha osservato che «si comincia dagli assiro-babilonesi e si finisce oggi con gli

americani, dicendo che la pena di morte è un fatto naturale, succede così e basta; si cita Hobbes «homo homini lupus» e si va avanti»[1]. Un altro fa eco segnalando che fino a Cesare Beccaria, «il ricorso alla pena capitale era considerato del tutto naturale per far funzionare qualsivoglia tipo di società»[2]. Dobbiamo infatti convenire sul fatto che la problematizzazione della pena di morte è cosa molto recente, specialmente in una dimensione storica lunga, tale da procedere dall'antichità fino a oggi.

Questa considerazione è quasi banale: non solo perché la legittimità sovrana di comminare le pene riconosciuta a chi governa, include da sempre anche la pena capitale, ma soprattutto perché la vita è stata considerata un bene giuridico degno di protezione solamente in tempi recentissimi. Le società antiche non conoscevano il concetto di «dignità umana» e i rapporti di dominio che le caratterizzavano – e ancora oggi toccano molte società contemporanee – ostacolavano la comprensione della vita come un bene assoluto; perciò, chi deteneva il potere considerava naturale disporre della vita dei sudditi.

Tuttavia, questa realtà fattuale si mostra divergente rispetto alla riflessione religiosa abramitica, affatto contraria alla pena di morte. «Nessuno tocchi Caino» (Gen. 4, 15) è un comandamento divino ripetuto tanto nelle leggi noachidi (il secondo principio è esattamente «non uccidere») quanto nel Decalogo (quinto: «non uccidere»). Il Nuovo Testamento presenta poi la pena di morte sempre come un atto di ingiustizia umana: pensiamo all'esecuzione di Giovanni il Battezzatore e di Gesù stesso. Ne deriva che una riflessione religiosamente orientata, almeno dal punto di vista cristiano, non può non contrastare la legittimità della pena di morte.

2. *La pena di morte nel diritto canonico*

Come ho anticipato, il diritto canonico non ha mai concepito la pena di morte. È vero che abbiamo dei documenti ecclesiali dei primi secoli che riportano la condanna a morte degli eretici – almeno dopo Costantino – che però sono sempre stati criticati da altri documenti contemporanei. Ad esempio, la condanna a morte dell'eretico Priscilliano, vescovo di Avila nel

[1] I. Mereu, *La morte come pena*, in *La morte come pena in Leonardo Sciascia. Da Porte aperte all'abolizione della pena di morte*. Atti del Seminario internazionale di studi, Firenze, 8 febbraio 1997, Milano 1997, p. 13.

[2] J. Mazzuca, *Il lungo cammino della pena. Dal dibattito sull'abolizione della pena capitale alle nuove frontiere dell'ergastolo ostativo*, in «Politica del diritto», LII (3/2021), p. 398.

385, fu criticata da Martino di Tours, da Ambrogio di Milano e persino da Sergio, vescovo di Roma, che ruppero la comunione coi vescovi che l'approvarono[3]. Anche i documenti penitenziali che prevedevano la pena di morte vennero sistematicamente corretti dai glossatori, che mitigavano questa pena per attestare il principio della prevalenza della misericordia sulla giustizia[4].

Questa postura ovviamente non ha precluso l'affermazione della legittimazione della pena di morte inflitta dall'autorità secolare, anche in forza del peccato di eresia, che veniva equiparato al delitto di lesa maestà: innescando il ben noto meccanismo del braccio secolare tipico della *Respublica christiana*[5], che sarà poi consolidato nel sistema inquisitorio. Sotto questo profilo emerge la più vasta, e sempiterna, problematica relativa, da un lato, alla distinzione degli ordini, e dall'altro lato alla funzione della pena. Quest'ultimo tema nel diritto canonico va necessariamente collegato alla funzione medicinale della pena, che esclude in termini di principio le finalità retributive, preventive e deterrenti che le sono invece assegnate negli ordinamenti secolari. Scopi che la Chiesa non contesta, anzi fa suoi quando essa stessa esprime necessità di governo secolari, come nel caso dello Stato pontificio, e che tuttavia non possono essere semplicisticamente considerati scopi compatibili con l'esercizio della funzione penale nel diritto proprio della Chiesa: quello canonico (o ecclesiale[6]), sempre distinto da quello secolare, anche quando differenziarli appare più complicato, come ad esempio nell'esperienza storica del diritto comune.

---

[3] J. J. Megivern, *Capital Punishment: The Curious History of its Privileged Place in Christendom*, in «Proceedings of the American Philosophical Society», XLII (2003), pp. 3-12.

[4] R. Maceratini, *Ricerche sullo status giuridico dell'eretico nel diritto romano-cristiano e nel diritto canonico classico (da Graziano a Uguccione)*, Padova 1994; R. Bianchi Riva, *Il giudice e la misericordia. Riflessioni sull'amministrazione della giustizia nel diritto canonico classico*, in «Vergentis», V (2017), pp. 185-219. Si veda anche G. Austin, *Jurisprudence in the Service of Pastoral Care: The "Decretum" of Burchard of Worms*, in «Speculum. A journal of Medieval studies», 79 (4/2004), pp. 929-959. Una bibliografia ragionata, con la citazione anche di fonti, si può vedere in M. Sierck, *Die Todesstrafe. Bestandsaufnahme und Bewertung aus kirchlicher Sicht, Justitia et Pax*, Bonn 1992.

[5] P. Bellini, *Respublica sub deo. Il primato del Sacro nella esperienza giuridica della Europa preumanistica*, Firenze 1981.

[6] R. Bertolino, *Nuovo statuto epistemologico del diritto ecclesiale scaturente dal Concilio Vaticano II*, in G. Diurni (cur.), *Storia e diritto (in ricordo di Guido Astuti)*, Sassari 1996, pp. 107-112.

3. *La pena di morte nella riflessione canonistica*

I termini della questione si presentano più confusi quando si passa dal piano strettamente giuridico – di diritto positivo – a quello più largo della riflessione giuridica, che nella compagine ecclesiale è sempre stato influenzato dalla riflessione morale. Sotto questo profilo vale la pena ricordare che il dibattito sulla pena di morte è stato accompagnato da quello relativo alla legittimità della guerra. In entrambi i casi la Chiesa ha sovente mancato di condannare in modo esplicito tanto la prima quanto la seconda azione mortifera.

Più precisamente, la questione è stata posta estrapolando – se così si può dire – l'oggetto del tema – che sta nella protezione della vita umana intesa come «dono divino» – per spostare l'asse della riflessione verso la diversa questione della legittimità dell'esercizio del potere. Qui ritroviamo i termini della dualità delle spade, o dei soli, che la letteratura medievale ha espresso in modo ancora attuale, in quanto l'affermazione dell'assolutezza del potere secolare contrasta con la sua ontologica subordinazione alla volontà divina, che la Chiesa crede di interpretare fino al punto di immaginarsi limitatrice del potere secolare. Non è necessario esemplificare oltre. Basterà ricordare che la giustificazione – tanto della pena di morte quanto dell'esercizio del potere bellico (specie lo *jus ad bellum*) – consegue all'accertamento di alcune condizioni – declinate in modo diverso nel corso dei secoli, ma che in sostanza possono essere compendiate – nell'accertamento della legittimità della detenzione del potere da parte di chi commina la pena di morte, o muove la guerra - legittimità riconoscibile dall'autorità ecclesiastica –; dall'espletamento di procedure prestabilite – un processo, o almeno un procedimento –; dalla proporzionalità dell'azione al delitto commesso – che vale sia per la pena capitale sia per la guerra – e dalla certezza che esse siano finalizzate a perseguire il bene comune e non interessi particolari.

Si faccia sempre attenzione al fatto che queste condizioni non sono giuridiche, ma morali. Non seguono cioè criteri certi e inequivocabili, ma elementi di giudizio ontologicamente subordinati all'interpretazione di dati contingenti che, in ultima analisi, assegnano al potere religioso la chiave della legittimazione di azioni che restano sempre indisponibili alla sua stessa autorità, che mai può contravvenire alla chiara volontà divina. *Ecclesia abhorret a sanguine* appare un principio troppo generale, difettoso in termini di applicabilità[7].

[7] M. Bordeaux, *Le sang du corps du droit canon ou des acceptions de l'adage Ecclesia abhorret a sanguine*, in «Droit et société», 28 (3/1994), pp. 543-563.

La conseguenza di questa duplicità di livelli di ragionamento è sotto i nostri occhi. Non è un caso, ad esempio, che la monumentale opera di Cesare Beccaria sia stata inserita nell'indice dei libri proibiti[8]. La pena di morte resta quindi al tempo stesso condannata e giustificata. Nel Catechismo della Chiesa cattolica (n. 2267) si legge: "l'insegnamento tradizionale della Chiesa non esclude, supposto il pieno accertamento dell'identità e della responsabilità del colpevole, il ricorso alla pena di morte, quando questa fosse l'unica via praticabile per difendere efficacemente dall'aggressore ingiusto la vita di esseri umani. Se invece i mezzi incruenti sono sufficienti per difendere dall'aggressore e per proteggere la sicurezza delle persone, l'autorità si limiterà a questi mezzi, poiché essi sono meglio rispondenti alle condizioni concrete del bene comune e sono più conformi alla dignità della persona umana. Oggi, infatti, a seguito delle possibilità di cui lo Stato dispone per reprimere efficacemente il crimine rendendo inoffensivo colui che l'ha commesso, senza togliergli definitivamente la possibilità di redimersi, i casi di assoluta necessità di soppressione del reo 'sono ormai molto rari, se non addirittura praticamente inesistenti».

Parole consacrate nel 1997 e che riecheggiano una mentalità diffusa e ben radicata. Chi leggesse le oltre cinquecento pagine delle Discussioni intorno alla pena di morte tenute in Senato nel 1875 troverebbe – tolto lo stile e le citazioni dall'antica dottrina – le medesime note di un dibattito che risale al diritto romano[9].

Qualcosa è però drasticamente cambiato con il rescritto di papa Francesco che il 1° agosto del 2018 ha formalmente modificato il Catechismo della Chiesa cattolica, portando a compimento un processo concettuale apertosi nel 1965 con la *Dignitatis humanae*, e ancora oggi faticosamente proseguito fra non poche resistenze[10]. Il nuovo numero 2267[11] esprime con chiarezza un punto di arrivo che impegna la Chiesa in

[8] M. Pisani, *Cesare Beccaria e l'Index librorum prohibitorum*, Napoli 2013.

[9] C. Lanza, *Morti e pena di morte*, in «Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica», XII (2007), pp. 105-120.

[10] P. Ferrari Da Passano, *La pena di morte nel Catechismo della Chiesa Cattolica*, in «La civiltà cattolica», … (1993), pp. 14-26; L. Ciccone, *La pena di morte: Sviluppi dottrinali in vista?* in «*Rassegna di teologia»,* XXXI (1999), pp. 393-414.

[11] «Per molto tempo il ricorso alla pena di morte da parte della legittima autorità, dopo un processo regolare, fu ritenuta una risposta adeguata alla gravità di alcuni delitti e un mezzo accettabile, anche se estremo, per la tutela del bene comune. Oggi è sempre più viva la consapevolezza che la dignità della persona non viene perduta neanche dopo aver commesso crimini gravissimi. Inoltre, si è diffusa una nuova comprensione del senso delle sanzioni penali da parte dello Stato. Infine, sono stati messi a punto sistemi di detenzione più efficaci, che garantiscono la doverosa difesa dei cittadini, ma, allo

senso perfino abolizionista. Si tratta di un risultato che non è stato ancora raggiunto sul versante della giustificazione della guerra, sebbene anche in questo caso papa Francesco si sia espresso con forza nell'enciclica Fratelli tutti, che però non può essere considerata fonte sufficiente a riformare il Catechismo.

4. *La pena di morte nel diritto vaticano*

Permettetemi di concludere questo intervento con alcune osservazioni sulla pena capitale nel diritto vaticano, che non è diritto canonico, ma per ovvie ragioni presenta significative contiguità con questo. È noto che lo Stato pontificio, debellato nel 1870, prevedeva la pena capitale. L'erede di quello Stato nasce nel 1929 col Trattato del Laterano, che traduce i Codici all'epoca vigenti in Italia nel nuovo Stato della Città del Vaticano. Fonti che sono rimaste ferme fino al 2008, e che, per quanto ci interessa, hanno importato anche il Codice penale Zanardelli del 1889, che non prevedeva la pena di morte, conservata però nei Codici militari. Tuttavia, siccome nel 1926 Mussolini introdusse nel Codice Zanardelli la pena di morte per chi avesse attentato alla vita del re e del capo del Governo (e altri reati che non è utile adesso elencare), in Vaticano vigeva la pena di morte.

Essa fu però abrogata, senza molto clamore e in maniera invero non del tutto esplicita, da Paolo VI nel 1969, con la legge 50, del 21 giugno. L'art. 39 precisa che dovevano ritenersi vigenti in Vaticano «le leggi e i regolamenti entrati in vigore in Italia» fino al 31 dicembre 1924. Pertanto, il Codice penale vigente in Vaticano non prevedeva la pena capitale, dato che essa era stata aggiunta nel 1926.

Non è quindi vera la versione accreditata nelle pagine web e condivisa da versioni giornalistiche, che attribuiscono l'abolizione della pena di morte in Vaticano a Giovanni Paolo II, riferendola alla Legge (vaticana) sullo Stato del 12 febbraio 2001; anche se è vero che Giovanni Paolo II si è più volte fatto promotore della condanna della pena capitale, sebbene ne abbia conservato la giustificazione morale nel Catechismo cattolico.

stesso tempo, non tolgono al reo in modo definitivo la possibilità di redimersi. Pertanto la Chiesa insegna, alla luce del Vangelo, che "la pena di morte è inammissibile perché attenta all'inviolabilità e dignità della persona", e si impegna con determinazione per la sua abolizione in tutto il mondo».

La parabola della pena di morte in Italia, tra realismo e idealismo, dall'epoca liberale all'attuazione del "disegno abolizionista". Uno sguardo prospettico

Domenico Notaro

Sommario: 1. Perché occuparsi della pena di morte in Italia – 2. L'impulso illuminista e le posizioni della scienza criminale nell'Ottocento – 3. Il rigurgito anti-abolizionista del regime fascista – 4. Il divieto della pena di morte nel sistema costituzionale e sovranazionale – 5. Quale bilancio dell'esperienza abolizionista?

1. *Perché occuparsi della pena di morte in Italia*

Può sembrare fuor del tempo tornare ad occuparsi della pena di morte in Italia e delle ragioni per cui aborrirla[1]. In realtà, il dibattito sull'operatività della massima sanzione nei sistemi penali è ancora acceso a livello internazionale. Su quel piano, per svariati motivi, si contrappongono opzioni così diverse, da trovare a stento un terreno comune di confronto. Pesano le diverse sensibilità di politica-criminale, di efficacia e di opportunità della sanzione, avvertite a livello sociale; persino la disponibilità di "meno invasive" modalità di esecuzione della pena, dischiuse dall'avanzare delle scienze mediche[2], assurge ad argomento di dibattito, quasi che il modo di applicare la sanzione capitale, pur misurato al metro del divieto di tortura e di atti inumani[3], possa far velo alle implicazioni etiche che quella sanzione reca con sé nella sua essenza fondamentale.

Sulla tensione di quelle discussioni agisce il fatto che molti ordinamenti di notevole peso internazionale non hanno rinunciato a servirsi della pena

[1] G. Pisapia, *Il problema della pena di morte e la sua attualità*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano 1972, pp. 1450 ss.

[2] A. Corda, *L'incerto futuro dei metodi di esecuzione della pena di morte negli Stati Uniti. Scenari emergenti e prospettive dopo la sentenza Glossip v. Gross*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LX (2017), pp. 198 ss. Al tema si correla quello della circolazione delle merci utilizzabili per eseguire la pena capitale: v. L. Viola, *La pena di morte nelle aule di giustizia amministrativa*, in «Il foro amministrativo», (VIII) 2021, pp. 724 ss.

[3] A. Marchesi, *La via maestra dell'abolizione totale*, in P. Costa (cur.), *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Milano 2010, p. 182.

di morte per rafforzare il tasso di severità del proprio sistema penale[4]. È nota la radicata opzione degli Stati Uniti d'America e della Cina[5]; ma è da segnalare che nel dicembre 2021 anche il Giappone ha interrotto la "moratoria" sull'applicazione della pena capitale, corrente dal 2019, per giustiziare tre condannati per omicidio plurimo[6].

Non si può d'altronde dimenticare che la scelta di prevedere la pena di morte si collega alla più generale idea degli scopi della giustizia penale e dei limiti di esercizio del potere punitivo nell'ordinamento. Merita di essere ricordata, a questo proposito, la profezia avanzata da Karl Josef Anton Mittermaier all'esito di un vasto studio da lui condotto sulle vicende della pena di morte in Europa e sulle ragioni che dovrebbero spingere alla sua completa abolizione[7]. L'eclettico giurista e uomo di Stato bavarese ebbe a scrivere nei primi anni '60 del XIX secolo che, «quando la pena di morte sparirà dai codici, trionferà uno dei sommi principii della legislazione

[4] P. Passaglia, *La condanna di una pena. I percorsi verso l'abolizione della pena di morte*, Firenze 2021, pp. 197 ss.; ma già Id., *L'abolizione della pena di morte per via giudiziaria ed il paradosso statunitense*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», XVII (2016), pp. 849 ss.; Id., *L'abolition de la peine de mort. Un étude comparée*, Pisa, 2012, pp. 149 ss.

[5] Per gli Stati Uniti v. F. Zimring, *The Contradictions of American Capital Punishment*, Oxford-New York, 2003; M. Cerase, *La pena di morte negli Stati Uniti: nuovi sviluppi e vecchi contrasti*, in «Giurisprudenza costituzionale», L (2005), pp. 1511 ss.; J. Simons, *Il cammino verso l'abolizione: il dibattito sulla pena capitale negli Stati Uniti*, in P. Costa (cur.), *Il diritto di uccidere*, cit., pp. 195 ss. e 214 ss.; L. Goisis, *Sull'efficacia deterrente della pena di morte: riflessioni sul dibattito statunitense*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XLIX (2006), p. 1366; D. Garland, *La pena di more in America*, Bologna 2013; S. Lynn Babcock, *La pena di morte negli Stati Uniti e nel mondo. L'impegno dell'università e delle professioni legali per la tutela dei diritti umani*, *ivi*, LXI (2018), pp. 1035 ss. Per la Cina v. L. Janping, *La riforma della pena di morte in Cina*, in P. Costa (cur.)., *Il diritto di uccidere*, cit., pp. 223 ss.; H. Feng, *Cesare Beccaria e le riforme penalistiche in Cina*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVII (2014), pp. 2102 ss.

[6] V. *Il Giappone torna ad applicare la pena di morte: eseguite tre condanne. Non succedeva dal 2019*, in «Il fatto quotidiano», 21 dicembre 2021.

[7] K.J.A. Mittermaier, *Die Todesstrafe, nach den Ergebnissen der wissenschaftlichen Forschungen, der Fortschritte der Gesetzgebung und der Erfahrungen*, Heidelberg, 1862; Id., *Die Todesstrafe. Der neueste Stand der Frage über Beibehaltung der Strafe und der Juristentag*, in «Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung zur Förderung. Einheitlicher Entwicklung auf den Gebieten des Strafrechts, des Strafprozesses und des Gefängniswesens, sowie für strafgerichtliche Medizin», XLVIII (1862), pp. 733 ss. Sul coinvolgimento del giurista nel dibattito sulla pena di morte v. B. Dölemeyer, *K.A.J. Mittermaier und die internationale Bewegung gegen die Todesstrafe*, in F. Dorn – J. Schröder (cur.), *Festschrift für Gerd Kleinheyer zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2001, pp. 107 ss. Sul suo ruolo politico v. D. Mußgnug (hg.), *Briefe von Mitgliedern der badischen Gesetzgebungskommissionen an Karl Josef Anton Mittermaier*, Frankfurt am Main 2002.

penale, quello cioè, che nessuna pena debbasi statuire in modo assoluto. Oggidì anche nei più recenti codici penali vedesi comminata in modo assoluto la perpetua prigionia, mentre, pur conservandola, si dovrebbe porla soltanto come un massimo, al quale il giudice possa arrivare, se vuole, e che non tolga la possibilità di un condono di parte della pena a quel delinquente il quale abbia dato sicure prove di morale miglioramento»[8]. Insomma, nella prospettiva dei più illuminati abolizionisti dell'epoca, l'allontanamento della pena capitale avrebbe dovuto far da preludio al superamento, altresì, dell'ergastolo quale misura atta a togliere al detenuto la speranza di poter beneficiare di meccanismi espressivi di un meritato perdono.

Ecco che, allora, il percorso abolizionista compiuto dall'Italia in relazione alla pena di morte e di cui qui preme rievocare gli approdi, costituisce l'occasione per rimeditare l'assetto del sistema sanzionatorio in quelle sue ulteriori parti che stentano a permettere al reo di fare valere la sua predisposizione a un utile reingresso nel tessuto sociale. Si tratta, insomma, di verificare se la profezia formulata da Mittermaier centosessant'anni or sono, abbia trovato traduzione nel sistema penale italiano o se, viceversa, le ragioni poste a sostegno del percorso abolizionista non siano riuscite a germinare i frutti più attesi

2. *L'impulso illuminista e le posizioni della scienza criminale nell'Ottocento*

Soprattutto con l'affermazione dei principi illuministi espressivi della "sacralità" e dell'"inalienabilità" dei diritti naturali dell'uomo, il valore della persona è andato ergendosi come termine opponibile alla gestione della cosa pubblica. Di quei diritti si è dovuto tenere conto nel definire l'assetto dei moderni sistemi criminali[9].

Per quanto la svolta di pensiero sia stata decisiva, la stessa, nondimeno, non è stata sufficiente a imporre l'abolizione della pena capitale: non solo perché non tutti i principali assertori delle nuove idee illuministe erano

[8] K.J.A. Mittermaier, *Appendice seconda* a *La pena di morte considerata nella scienza, nell'esperienza e nelle legislazioni*, ed. italiana a cura di F. Carrara, Lucca, 1864, p. 8, anche in M.P. Geri (cur.), *"Biblioteca Abolizionista". Fermenti europei per una battaglia italiana*, I, Roma 2021.

[9] Per l'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la Legge deve stabilire «solo pene strettamente ed evidentemente necessarie».

schierati convintamente per il superamento della massima sanzione[10]; ma anche perché la questione del suo impiego si è incrociata con le più realistiche preoccupazioni per la stabilità degli assetti politici ridefiniti dal congresso di Vienna del 1815. Si guardi a quanto accaduto là dove hanno fatto breccia per prime le istanze contrarie all'utilizzo della sanzione capitale.

Nell'Impero Asburgico la pena morte fu dismessa quasi del tutto con la legge criminale del 1787, per essere sostituita da forme di detenzione pur dura[11]. Sennonché, nei successivi codici penali del 1803 e del 1852 quella sanzione tornò ad avere più spazio[12]. È in Italia il Granducato di Toscana, fra gli Stati più sensibili alle correnti umanitarie ispirate da senso di moderazione nell'esercizio della potestà punitiva, procedette addirittura nel 1786 (un anno prima dell'Austria) ad abolire la pena capitale[13]; eppure il medesimo Governo fu costretto a ripristinarla nel 1790, estendendone l'operatività nel 1795, per far fronte ai disordini sociali che – nella temperie rivoluzionaria europea – minacciavano la stabilità dello Stato preunitario[14];

[10] Lo erano Voltaire e in buona parte Beccaria e Bentham; non anche Montesquieu, Rousseau, Kant e Hegel: cfr. D. Zolo, *Il patibolo e la guerra. La pena di morte come supplizio religioso*, in P. Costa (cur.), *Il diritto di uccidere*, cit., pp. 35 ss.; E. Cantarella, *Dalla vendetta alla pena. Un equilibrio difficile*, *ibidem*, pp. 98 ss. Per un'analisi più ampia v. M. Donini, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXIII (2020), pp. 1699 ss.; G. Gentile, *Il carcere e l'idea dello scopo*, in «La legislazione penale», XLI (24 aprile 2021), pp. 6 ss.

[11] È lo *Josephinisches Strafgesetz*, contenente l'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*, emanato sotto il regno di Giuseppe II nel 1787 e sul cui intervento v. C. Danusso, *Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», VII (2017), 4, p. 53.

[12] S. Vinciguerra (cur.), *Codice penale universale austriaco (1803)*, Padova 1997; *Codice penale austriaco 27 maggio 1852 entrato in vigore col giorno 1° settembre stesso anno*, Milano 1852. Su tali esperienze v. K.J.A. Mittermaier, *La pena di morte*, cit., pp. 23 s. e 56 s.; T. Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtgeschichte*, IV Auflage, Berlino 2019, p. 32.

[13] V. il § LI della legge criminale del 30 novembre 1786, su cui D. Zuliani, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, II, Milano 1995, pp. 205 ss. Sul ruolo storico di quel testo v. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto,* Bologna 1976, pp. 547 ss.; T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa 2014, p. 47; G.M. Flick, *Dalla Leopolda alla Leopoldina. Un passo indietro o un ritorno al futuro?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVIII (2015), pp. 2528 ss.

[14] K.J.A. Mittermaier, *La pena di morte*, cit., p. 22. V. i richiami di M.P. Geri, *Il magistero di un criminalista di foro. Giovanni Carmignani «avvocato professore di Leggi»*, Pisa 2015, pp. 134 ss. L'incertezza del contesto si riflette nell'oscillante opinione di Carmignani sulla convenienza della pena capitale: v. M. Da Passano, *Note su Carmignani e Carrara*, in M. Montorzi (cur.), *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del Diritto Penale contemporaneo*, Pisa 2003, pp. 86 ss.

né si può dimenticare che, dopo essere stata nuovamente abolita nel 1847 (a seguito di un lungo periodo di sostanziale disapplicazione), la pena di morte fu ripristinata nel Granducato nel 1852 in concomitanza con il consolidarsi dei movimenti risorgimentali, per essere infine eliminata nel 1859 col trapasso dei territori toscani nel Regno d'Italia[15].

Da questi trascorsi emerge l'influsso che le fibrillazioni politiche coeve alla stagione degli Stati assoluti, hanno esercitato sulle decisioni riguardanti la pena di morte nel XIX secolo[16]. In quel frangente storico, nondimeno, sono maturate le idee sulle "funzioni" che la pena dovrebbe perseguire in un sistema criminale razionalmente fondato[17]; idee con la cui attuazione si è confrontato il disegno di fare ricorso alla pena di morte[18].

Da una parte, stava chi – opinando che con la loro carica d'intimidazione le pene dovessero indurre gli individui ad astenersi dal commettere reati[19], al limite neutralizzandone l'inclinazione criminale[20] – si interrogava se, per conseguire i propri scopi, la risposta penale potesse assurgere ai più elevati gradi di severità per i reati maggiormente efferati e temibili[21]; livelli di gravità cui indulgevano più facilmente coloro che, da un diverso punto di vista, conformavano la risposta sanzionatoria al canone retributivo[22]. D'altra parte stava chi, invece, ricordava che la pena non dovesse abbandonare tratti di "umanità" segnati dal rispetto dei beni fondamentali dell'individuo[23], o

[15] K.J.A. Mittermaier, *La pena di morte*, cit., pp. 61 s.; E. Cantarella, *Dalla vendetta*, cit., p. 101.

[16] Per le tendenze correnti in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico v. M. Da Passano, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Torino 2000, pp. 31 ss.; A. Cavanna, *Il codice penale napoleonico. Qualche considerazione generalissima,* in *Codice dei delitti e delle pene pel Regno d'Italia (1811). Ristampa anastatica*, Padova 2001, pp. XI-XXI ss.

[17] E. Dolcini, *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXIV (2021), pp. 386 ss.

[18] Per l'Italia v. M. Da Passano, *La pena di morte nel Regno d'Italia (1859-1889)*, in S. Vinciguerra (cur.), *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova 1999, pp. 581 ss.

[19] J. Bentham, *Traités de législation civile et pénale, précédés de principes généraux de législation, et d'une vue d'un corps complet de droit*, II, Parigi 1802, p. 292.

[20] K. Grolman, *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft*, IV Auf., Giessen 1825.

[21] J. Bentham, *Traités*, cit., p. 431. Quanto all'utilizzabilità della pena di morte v. Id., *Théorie des peines et des récompenses*, I, Londra 1811, pp. 234 ss.

[22] G.F.W. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, §§ 100 ss.; I. Kant, *La metafisica dei costumi*, I, *La dottrina del diritto*, ed. con introduzione e note di G. Vidari, Torino-Milano-Firenze-Roma-Napoli-Palermo 1916, p. 178.

[23] F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III ed., Lucca 1867, pp. 121 ss. §§ 190-191. Per il collegamento di tale indirizzo all'opera di Beccaria v. T.

riteneva, altrimenti, che obiettivo delle pene dovesse considerarsi l'emenda del reo[24], implicante la possibilità che al condannato sia dato di dimostrare di saper trattenere la propria inclinazione a delinquere. Senza cedere a improprie schematizzazioni, può assumersi come, nel primo senso, le pene avrebbero potuto eventualmente indossare la veste più rigorosa, per cui ammettere anche misure capitali, se necessarie ad assicurare la tenuta astratta dei precetti legali[25], e senza che, in senso contrario, potessero agire considerazioni legate alla più mite personalità del reo[26]; nel secondo senso, invece, le pene avrebbero dovuto sottrarsi a qualsivoglia carattere di "crudeltà" inumana e di esacerbazione degli effetti, onde lasciare spazio all'eventualità che il reo si apra a percorsi di correzione che gli valgano il reingresso nella comunità dei cittadini[27].

Tale discussione è stata attraversata dai due principali schieramenti culturali che hanno animato il dibattito scientifico corrente in Italia nel XIX secolo in materia penale. Da un lato, la Scuola Classica[28] – rappresentata da Francesco Carrara, sostenitore del superamento della pena capitale[29] –, ravvisava nei (nuovi) diritti individuali altrettanti beni da preservare

Vormbaum, *Einführung*, cit., pp. 28 s.; G. Gentile, *Il carcere*, cit., pp. 9 s. La riconducibilità del Beccaria alle correnti umanitarie è però messa in discussione da M. Ronco, *Reato e pena: Giovanni Carmignani critico dell'utilitarismo di Beccaria*, in A. Bondi – F. Fiandaca – G.P. Fletcher – G. Marra – A.M. Stile – C. Roxin – K. Volk (curr.), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino 2021, p. 972.

[24] K.J.A. Mittermaier, *La pena di morte*, cit., pp. 177 s.

[25] M.A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970, pp. 347 ss.; L. Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlino 2009, pp. 35 ss.

[26] P.J.A. v. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, Erfurt 1799, pp. 59 ss. Sui tratti di "indefettibilità" della pena insiti in questi indirizzi, v., di recente, G. De Francesco, *Della pena e del punire*, in «Legislazione penale», XLII (17 ottobre 2021), p. 2.

[27] K.J.A. Mittermaier, *Appendice terza* a *La pena di morte*, cit., p. 39. Cauto, al riguardo, F. Carrara, *Programma*, cit., pp. 367 ss. §§ 642 e 645, il quale rimarcava il tratto di "irrimediabilità" della pena "giusta".

[28] M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (cur), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, pp. 155 ss.

[29] F. Carrara, *Contro la pena di morte: scritti di Francesco Carrara*, introduzione di E. Palombi, Milano 2001; A. Prosperi, *Carrara e la pena capitale*, in Aa.Vv., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano 1991, pp. 399 ss. Per l'inserimento di Carrara nel movimento abolizionista, v. M.P. Geri, *Il magistero di un criminalista*, cit., pp. 128 s.; Id., *Il frutto «della unificazione italiana il più splendido»: Carrara e l'iniziativa della Biblioteca abolizionista*, in Id. (cur.), *"Biblioteca Abolizionista"*, cit., pp. 1 ss.

nei confronti dell'esercizio arbitrario del potere punitivo[30]; anche la vita del reo avrebbe dovuto costituire un baluardo da non valicare *al di là* di estreme esigenze di conservazione della società e di tutela dei beni altrui[31]. Dall'altro, la Scuola positiva – avente esponenti come Raffaele Garofalo, Enrico Ferri e Giuseppe Lombroso – muoveva dall'idea che i fenomeni criminali originino da fattori trascendenti le capacità dell'individuo e si misurino sul parametro della pericolosità sociale del reo, cioè della sua inclinazione a delinquere[32]. Fattore – quest'ultimo – che avrebbe potuto indurre a perseguire soluzioni più afflittive, in quanto sorrette da prospettive di appropriatezza valutate dal lato della collettività – nei termini della c.d. difesa sociale[33] – più che da quello dell'individuo che le dovrebbe subire.

Sui binari di una diversa idea di scopi e di funzioni del sistema penale sono andate maturando le ragioni a sostegno dell'impiego della pena di morte e quelle contrarie ad essa[34]. Nel primo senso sono state addotte l'utilità della pena a dissuadere *in extremis* i criminali più determinati a delinquere, nonché la congruenza di quella sanzione con l'esigenza di assicurare il canone di proporzionalità del trattamento dei reati più gravi, e, infine, l'idea che la pena capitale offra alla collettività uno strumento adeguato ed efficace a neutralizzare i soggetti più pericolosi. A sostegno della causa abolizionista si è invece rilevato che la pena di morte si mostra per sua natura contraria al senso di umanità che ispira i sistemi penali chiamati a garantire i diritti della persona, e si è obiettato che l'inflizione della sanzione capitale offre ai cittadini un pessimo esempio di amministrazione della giustizia, con il quale lo Stato degradasi al livello del reo nel trattare gli affari criminali. Guardando agli aspetti pratico-applicativi, si è aggiunta, poi, la considerazione della riscontrata inefficacia (secondo molte statistiche) della pena di morte a contenere la diffusione dei

[30] G. De Francesco, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007), *Il principio di legalità (per Mario Sbriccoli)*, pp. 613 ss.

[31] F. Carrara, *Programma*, cit., p. 379 § 661.

[32] E. Ferri – C. Lombroso – G. Garofalo – G. Fioretti, *Polemica in difesa della Scuola criminale positiva*, Bologna 1886.

[33] E. Ferri, *Principi di diritto criminale*, Torino 1928, pp. 237 ss. V. altresì Id., *Relazione al progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (Libro I)*, Milano 1921, pp. 3 ss. Sulle implicazioni criminologiche v. G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, pp. 220 ss.

[34] L. Ferrajoli, *Il fondamento del rifiuto della pena capitale*, in P. Costa (cur.), *Il diritto di uccidere*, cit., pp. 57 ss. In prospettiva storica cfr. E. Cantarella, *Dalla vendetta*, cit., pp. 94 ss. Negli Stati Uniti, v. L. Goisis, *op. loc. cit.*; S. Lynn Babcock, *La pena di morte*, cit., pp. 1038 ss.

fenomeni criminosi più radicati nella società e dipendenti ora da impulsi primordiali dell'individuo ora da travolgenti condizionamenti sociali; né si è mancato di sottolineare il rischio che la massima sanzione sia applicata all'esito di errori giudiziari che risulterebbero, allora, irreparabili. Si tratta di posizioni radicate e fin troppo note, oggi, per richiedere una loro approfondita esplicazione in questa sede; così come nota è l'incidenza di opzioni pregiudiziali di ordine ideologico nella presentazione di molte delle argomentazioni spese all'interno del dibattito.

In definitiva, la discussione condotta sul piano razionale si è mostrata sterile, in quanto incapace di sancire la prevalenza di una posizione sull'altra e di orientare i legislatori verso una risoluzione definitiva[35]. Lo ha dimostrato il percorso storico cui è andata incontro la pena di morte in Italia e nel mondo[36]. In Italia la questione sembrava essersi chiusa alla fine del XIX secolo con la prevalenza di sensibilità più prossime alla predisposizione di limiti all'esercizio del potere punitivo; e, invece, si è riaperta nel corso del XX secolo. Ma, soprattutto, guardando allo scenario mondiale, la circolazione delle idee e il progresso sociale, economico e culturale dei popoli, pur avendo senz'altro comportato il sorgere di sensibilità in ordine alle prerogative del reo e la disponibilità di strumenti alternativi per gestire le dinamiche criminali di maggiore gravità, non si sono tradotti in prese di posizione più evolute e confacenti all'asprezza e alla brutalità, nonché alla ridotta utilità politico-criminale, della pena di morte[37], nonostante puntuali affermazioni di principio siano maturate in tal senso a livello internazionale.

3. *Il rigurgito anti-abolizionista del regime fascista*

Riesaminando quanto accaduto in Italia dopo l'unificazione del Regno, si può di nuovo constatare come sulla scelta di avvalersi della pena di morte, abbiano inciso sensibilità e preoccupazioni di natura politica. Il dilemma della pena capitale trattenne anzitutto il legislatore dall'estendere all'intero territorio nazionale il più avanzato codice penale toscano (che non prevedeva quella pena), dal momento che le condizioni d'insicurezza nelle quali versavano molte province, impedivano realisticamente di

[35] Conf. M. Sbriccoli, *La penalistica civile*, cit., p. 163.
[36] P. Passaglia, *La condanna di una pena*, cit., pp. 1 ss.
[37] P. Costa, *Introduzione*, in Id. (cur.), *Il diritto di uccidere*, cit., p. 23.

rinunciare alla massima sanzione[38]. La successiva decisione del codice Zanardelli di abolire la pena di morte (per i soli reati comuni) in tutto il Regno, d'altronde, fu motivata dall'intento *politico* di sancire il "progresso" di condizione sociale intorno a cui si andava formando il nuovo Stato[39]. Si temeva che una decisione diversa avrebbe tradito le aspirazioni di coloro che nell'unificazione del Paese avevano riposto le proprie aspettative[40]. Neanche in quel caso, dunque, si trattava di una presa di posizione puramente ideologica legata al valore della *vita* di ogni individuo (anche dei rei di gravi illeciti); ci si preoccupava di più di celebrare l'orientamento *politico* del nuovo Stato nato in reazione agli eccessi dell'assolutismo.

Lo stesso ordine di ragioni ha ispirato la scelta assunta dal regime fascista sul finire degli anni '20, di ripristinare la pena di morte nel sistema comune[41]. Molto ha giocato la paura indotta (e abilmente alimentata) dal concatenarsi di quattro attentati mossi contro la persona di Benito Mussolini fra il 1925 e il 1926. Sull'onda di quegli episodi – oltre che per consolidare l'insediamento del regime nel Regno[42] –, furono emanate nel 1926 le leggi per la difesa dello Stato, con le quali si costruiva un sistema giuridico (di cui la pena di morte era componente importante) teso a difendere il potere assunto dal partito del dittatore[43]. A una motivazione

[38] R. Canosa, *La pena di morte in Italia: una rassegna storica*, in «Critica del diritto», XXV-XXVI (1982), pp. 30 ss. Significative le considerazioni dell'"abolizionista" Carrara (cit. da A. Acquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, p. 26), secondo cui «la unificazione legislativa, specialmente in materia penale, vuole come precedente la unificazione delle condizioni morali dei popoli».

[39] Cfr. E. Pessina, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale*, II, Milano 1906, p. 703; M. Da Passano, *La pena di morte*, cit., pp. 632 s. e 637; M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. Violante (cur.), *Storia d'Italia. Annali*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, pp. 507 ss.; A. Santangelo Cordani, *Alla vigilia del codice Zanardelli: Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milano 2008, pp. 223, 250 e richiami.

[40] G. Zanardelli, *Relazione ministeriale*, VII, *Concetti generali sulla penalità, e soppressione della pena di morte*, in «Rivista penale», XIV (1888), pp. 150 ss. Sull'ispirazione umanitaria di quella scelta v. C. Danusso, *Patibolo*, cit., pp. 56 ss.

[41] M. Pisani, *La pena di morte in Italia (1926-1948)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVIII (2015), p. 9.

[42] G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, 2000, pp. 93 ss.

[43] E. De Cristofaro, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007), *Il principio di legalità (per Mario Sbriccoli)*, p. 1044.

politica – scevra da considerazioni "metafisiche" o "ideali"[44] circa i connotati del sistema penale – si è appellato Alfredo Rocco, prima del varo del codice penale (ancora vigente), onde sostenere come «certo che la pena di morte sia la più perfetta delle pene […]. Essa infatti realizza al massimo grado la funzione intimidatrice e quella eliminativa della pena…»[45], prestandosi a servire quegli scopi di concreta conservazione dell'assetto sociale e d'ordine, impressi dal sistema politico imperante[46].

Sarebbe, dunque, la proprietà della pena di morte di neutralizzare la capacità criminale del reo (più ancora che di sprigionare un effetto generalpreventivo), a spiegarne la fortuna presso i suoi sostenitori. L'attendibilità di tale orientamento finalistico era stata rilevata in passato da chi, come von Liszt, aveva osservato che non si può pretendere di misurare efficacemente la risposta al reato sulla base delle caratteristiche dei *fatti* impersonalmente considerati, perché – invece – occorre tener conto dell'indole dei rei e, fra questi, dei delinquenti considerati "irrecuperabili", passibili solo di neutralizzazione, alla cui dimensione di pericolosità sociale dovrebbero essere attagliate le pene più afflittive[47]. Il problema, allora, sarebbe quello dell'appropriatezza dell'intervento verso certe categorie di criminali onde conseguire l'effetto di neutralizzazione; e la questione, da filosofico-giuridica, diventa appunto politica, cioè di pratica gestione del potere[48]. Ce lo spiega – questa volta – Arturo Rocco[49]: la scelta di adottare

[44] F. v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), trad. it. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, pp. 5 ss.

[45] Alfr. Rocco, *Discorsi parlamentari*, a cura del Senato della Repubblica, Roma-Bologna 2005, p. 264, su cui R. Canosa, *La pena di morte*, cit., p. 33; M. Pisani, *La pena di morte*, cit., p. 2. V. altresì Art. Rocco, *Sul ripristino della pena di morte in Italia*, in Id., *Opere giuridiche*, III, *Scritti giuridici vari*, Roma 1933, pp. 545 ss.

[46] Sull'orientamento del sistema penale fascista v. Alfr. Rocco, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma 1927, p. 122; Id., *Discorso al Senato del Regno*, in *Scritti e discorsi politici di Alfredo Rocco*, III, *La formazione dello Stato fascista (1925-1934)*, Milano 1938, pp. 863 ss.

[47] F. v. Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., pp. 51 ss. La tensione illiberale di tale impostazione è stata recentemente evidenziata da G. Gentile, *Il carcere*, cit., p. 3.

[48] D. Galliani, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Assisi 2012. Sulle più marcate tendenze "politiche" della pena informata all'idea di scopo v. la ricostruzione di G. Fiandaca, *Nodi problematici del diritto penale di "scopo", tra ieri e oggi*, in A. Bondi – F. Fiandaca – G.P. Fletcher – G. Marra – A.M. Stile – C. Roxin – K. Volk (curr.), *Studi*, cit., pp. 480 ss.

[49] Alla distinzione di von Liszt fra scienza penale e politica-criminale si richiama Art. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in Id., *Opere giuridiche*, III, Roma 1933, p. 278. V. F. Schiaffo, *Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale*, in A. Bondi – F. Fiandaca – G.P. Fletcher – G. Marra – A.M.

la pena di morte è «un problema pratico […] di necessità sociale e politica», «contingente e variabile» da luogo a luogo e da tempo a tempo, «da Stato a Stato e da momento a momento storico in uno stesso Stato»[50]; non può sorprendere, allora, che lo strumento sia prescelto, in particolare, per proteggere l'indirizzo *politico* del regime, minacciato dai delitti contro la personalità dello Stato.

Ben si comprende che in una temperie culturale autoritaria, nella quale i diritti dell'individuo si piegano agli interessi dello Stato, non vi sia resistenza teorica a giustificare l'impiego di uno strumento come la pena capitale, che per definizione calpesta i fondamentali valori dell'individuo[51]. Ma l'intento dei propugnatori è stato, anzitutto, quello di rafforzare minacciosamente i meccanismi di difesa delle Istituzioni asservite a chi ne detiene il funzionamento: un intento che sfrutta l'ancestrale impulso vendicativo storicamente diffuso nei confronti dei nemici della comunità e grazie alla cui evocazione si può far presa sull'animo dei consociati onde spiegare il massiccio ricorso ai più severi strumenti punitivi.

Non stupisce, quindi, che la caduta del regime fascista, con tutto il suo apparato concettuale, e il successivo scoppio della guerra civile sul territorio nazionale, abbiano rimesso in discussione la decisione d'impiegare la pena di morte. Essendo la pena di morte una misura con la cui adozione si identificavano le direttrici del regime fascista, nei confronti di essa sono intervenuti i primi provvedimenti di riforma dopo il rovesciamento politico-istituzionale.

Con decreto legislativo luogotenenziale 10 agosto 1944, n. 224 la pena di morte è stata abolita dal sistema penale comune ed è stata automaticamente sostituita con l'ergastolo (non senza porre il problema dell'appiattimento del trattamento sanzionatorio dei reati più gravi). La pena capitale è nondimeno rimasta – oltre che nei sistemi penali militari di pace e di guerra (là dove essa non era mai venuta meno neanche in epoca liberale) – per i reati previsti dalle leggi disponenti le "sanzioni contro il fascismo", stabilite dopo la caduta del regime, e per quelli di collaborazionismo "col tedesco invasore". In questi più specifici ambiti di criminalità *politica* la massima sanzione completava misure imposte dalla contingenza storica in atto. Ancora una volta la pena di morte è stata

Stile – C. Roxin – K. Volk (curr.), *Studi*, cit., pp. 1023 s.

[50] Art. Rocco, *Intorno alla pena di morte*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XII (1933), pp. 400 ss., su cui v. R. Canosa, *La pena di morte*, cit., p. 36; M. Pisani, *La pena di morte*, cit., p. 4; C. Danusso, *Patibolo*, cit., p. 65.

[51] Alfr. Rocco, *Relazione al Re*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VII, *Testo del nuovo codice penale*, Roma 1930, p. 21.

adoperata come strumento di controllo dell'assetto socio-istituzionale del paese in contesti di fibrillazione della sua coesione interna. I disordini sociali legati alla guerra civile e dovuti all'instabilità politica perdurante, d'altronde, hanno imposto di estendere (con il d.lgs.lgt. 10 maggio 1945, n. 236) l'impiego della massima sanzione a fatti di criminalità comune di portata potenzialmente massiva: essenzialmente i delitti di rapina commessi in bande e quelli di banda armata, la cui più frequente realizzazione in quei frangenti era considerata manifestazione di un fenomeno di "neo-brigantaggio"[52].

Tant'è che, placatasi la situazione di tensione, l'approccio alla pena di morte si è immediatamente ammorbidito: dapprima con la concessione della c.d. amnistia Togliatti[53], che ha inciso sulla concreta applicabilità della misura, stabilendo per i reati commessi fino al 18 giugno del 1946 la commutazione della pena di morte in quella dell'ergastolo. Ma è soprattutto con l'avvento della Costituzione nel 1948, che si è definito più profondamente l'orientamento abolizionista del nostro ordinamento.

4. *Il divieto della pena di morte nel sistema costituzionale e sovranazionale*

Com'è noto, l'art. 27, comma 4 della Costituzione repubblicana stabiliva in origine non potersi ammettere «la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra». Quella disposizione ha sancito una presa di posizione innovativa rispetto alle trascorse epoche della storia del nostro Paese, e non solo rispetto al periodo fascista; una svolta, la cui portata si può apprezzare su di un doppio registro: ideologico e giuridico.

Sul piano giuridico deve essere considerato il fatto che, promanando da una Costituzione "rigida", l'abolizione della pena di morte ha assunto portata "precettiva" sulle norme penali correnti; essa vanta, poi, valenza vincolante per il *futuro* legislatore ordinario, certo più esposto ai variabili indirizzi politici[54]. Tant'è vero che, venti giorni dopo l'entrata in vigore

[52] Le ultime esecuzioni della pena di morte si sono avute nel marzo del 1947 (fra l'altro) nei confronti degli autori di fatti di sequestro di persona e di omicidio plurimo a scopo di rapina, commessi a Villarbasse (Torino) nel 1945: notizie in D. Galliani, *La più politica*, cit., pp. 37 ss.

[53] Decreto presidenziale 22 giugno 1946, n. 4 – *Amnistia e indulto per reati comuni, politici e militari*, in «Gazzetta Ufficiale», 23 giugno 1946, n. 34, su cui v. M. Pisani, *La pena di morte*, cit., p. 20.

[54] Non sarebbero mancate, in seguito, proposte di ripristino della pena di morte per fron-

del Testo Fondamentale, si è reso necessario adeguare l'assetto del sistema sanzionatorio alla statuizione costituzionale: con il d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 21 è stata disposta l'eliminazione della pena di morte da tutte le norme che ancora la prevedevano, sempre che non si trattasse delle leggi di guerra. La pena di morte è così venuta meno nel codice penale militare di pace, sostituita ancora una volta con l'ergastolo.

Ma è anche il contesto giuridico-normativo in cui la statuizione abolizionista s'inserisce, a rivelare la sua pienezza d'intenti e la sua solidità nell'ordinamento. Varie disposizioni costituzionali, infatti, concorrono a delineare l'intangibilità dei diritti fondamentali dell'individuo pur tenuto a rispondere di gravi fatti di reato. Fra i diritti di cui l'art. 2 Cost. stabilisce l'inviolabilità, si colloca il bene della vita, logico presupposto di qualunque altra libertà[55]. L'art. 27, comma 3 Cost., sancisce poi il valore della dignità della persona condannata per reati, insieme al divieto di sottoporre costei a trattamenti contrari al senso di umanità e al dovere dello Stato di applicare la pena con l'obiettivo di rieducare il reo per reinserirlo nella società. Dall'impegno di ordine specialpreventivo l'imposizione del divieto di prevedere la pena di morte discende del tutto logicamente.

Per delineare il quadro giuridico in cui s'inscrive la scelta abolizionista della sanzione capitale, non si può d'altronde dimenticare l'art. 10, comma 4 Cost., il quale vieta di concedere l'estradizione allo Stato che la domandi per eseguire la pena di morte. Questa disposizione è importante, perché, impedendo all'Italia di collaborare con altri Stati all'applicazione della sanzione capitale, colloca il nostro Paese nel panorama internazionale in una posizione coerente alla scelta in favore della vita assunta in seno all'ordinamento[56]. Inoltre, essa anticipa e supera previsioni più morbide adottate sul piano internazionale, come quella dell'art. 11 della Convenzione europea del 1957 sull'estradizione, che permette la consegna del reo quando dallo Stato richiedente siano concesse rassicurazioni sul fatto che la pena capi-

teggiare periodi di tensione sociale: v. F. 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*, in «Historia et ius», V (2016), pp. 5 e 23 s.; Ead., *Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana,* Milano, 2013, pp. 159 ss.

[55] Corte costituzionale, 21 giugno 1979, n. 54, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXIII (1980), p. 216, con nota di G. Salvini, *Delitti punibili con la pena di morte ed estradizione dopo la pronunzia della Corte Costituzionale*; Corte costituzionale, 27 giugno 1996, n. 223, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXXIX (1996), 1119, con nota di F. Schiaffo, *Una sentenza storica in materia di estradizione e pena di morte*.

[56] F. Viganò, *La Corte e il carcere. Un* podcast *sui limiti costituzionali allo* ius puniendi, in A. Bondi – F. Fiandaca – G.P. Fletcher – G. Marra – A.M. Stile – C. Roxin – K. Volk (curr.), *Studi*, cit., pp. 1118 s.

tale prevista per il reato non verrà applicata[57]. Al tenore di quel disposto sembrò allinearsi in un primo tempo la nostra Corte costituzionale (con la pronuncia 21 giugno 1979, n. 54), accettando come eventualmente bastevoli le rassicurazioni offerte dallo Stato richiedente, onde superare il divieto sancito dalla Costituzione; ma più tardi (con la sentenza 27 giugno 1996, n. 223) la Consulta ne ha escluso la sufficienza, riaffermando l'assolutezza del divieto di concedere l'estradizione in favore di Stati che contemplino la possibilità giuridica d'infliggere la pena di morte[58].

Alla luce di queste ulteriori disposizioni, la statuizione contenuta nell'art. 27, comma 4 Cost. assume un forte registro ideologico, teso a marcare la rottura con il passato regime autoritario. In questo senso l'abolizione della pena di morte denota un ruolo fondativo e legittimante il nuovo ordinamento. Si tratta di una dinamica non ignota alla storia di altri Stati che, come il nostro, hanno attraversato processi traumatici di rigenerazione sociale, politica e istituzionale, a seguito dell'abbattimento di regimi dittatoriali[59]: anche la Repubblica Federale Tedesca e la Repubblica d'Austria – rispettivamente con l'art. 102 *GrundGesetz* del 1949 e con l'art. 85 della legge costituzionale del 1950 – dichiarano l'abolizione della pena di morte; e nel Regno di Spagna l'art. 15 della Costituzione democratica sopraggiunta nel 1978, sancisce l'abolizione della pena di morte accanto all'affermazione del diritto alla vita e del divieto di tortura e di atti inumani. L'attuazione del principio abolizionista ha invece seguito cadenze più lente e graduali in ordinamenti informati da maggior tempo ad assetti democratici[60].

Sia il nitore giuridico della statuizione costituzionale, che il respiro ideologico della scelta abolizionista compiuta dall'Italia, hanno ricevuto sostegno in atti internazionali intervenuti a sancire il rilievo dei diritti fondamentali dell'individuo, l'inviolabilità del bene della vita, il divieto di atti di tortura e la regolamentazione garantista dei meccanismi di estradizione. Con essi hanno trovato traduzione le istanze di umanizzazione

[57] L'art. 11 di quell'atto dispone che «se il fatto, per il quale l'estradizione è domandata, è punito con la pena capitale nella legge della Parte richiedente e se, per esso, tale pena non è prevista nella legislazione della Parte richiesta o non vi è generalmente eseguita, l'estradizione potrà essere consentita solo alla condizione che la Parte richiedente dia garanzie, ritenute sufficienti dalla Parte richiesta, che la pena capitale non sarà eseguita».

[58] Conformi Corte di cassazione, Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 33980, in «Cassazione penale», XLVII (2007), p. 3815; Ead., 3 marzo 2000, n. 1117, in «Rivista penale», CXXVI (2000), p. 903; Ead., 9 gennaio 1998, n. 1, in «Cassazione penale», XXXIX (1999), p. 2883.

[59] Cfr. P. Passaglia, *La condanna di una pena*, cit., pp. 32 s.

[60] P. Passaglia, *La condanna di una pena*, cit., 26 ss., pp. 38 ss. e 50 ss.

della pena cui guardava il Costituente italiano nel 1947.

Da quell'*humus* è stata investita la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 2 riconosce, fin dall'origine, la vita come diritto fondamentale di ogni persona. Sennonché, quella previsione faceva salva la possibilità di procedere (legittimamente) all'«esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale» in esito a condanna per un delitto punito dalla legge con la pena di morte. In quell'eccezione si percepiva l'eco delle tradizioni giuridiche europee che un certo spazio di operatività ancora riconoscevano alla sanzione capitale. Saranno le nuove sensibilità maturate sui temi delle garanzie umanitarie a consentire al movimento abolizionista di vedere una progressiva limitazione all'impiego della pena di morte in ambito continentale: dapprima con il VI protocollo adottato a Strasburgo nel 1983, che ne dispone l'abolizione senza possibilità di deroga per l'eventuale insorgenza di situazioni di pubblico pericolo e senza possibilità di riserve da parte dei Paesi contraenti, ma ammettendo soltanto che gli Stati la possano prevedere nella legislazione di guerra (per il tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra)[61]; e infine con il XIII protocollo di Vilnius del 2002 (efficace dal 2003) che ha sancito la totale illegittimità di quella misura, anche se inflitta in esito a condanna prnunciata da un tribunale, sostanzialmente incidendo sul tenore della previsione dell'art. 2 della Convenzione.

Prima di queste modifiche era intervenuto il Patto internazionale sui diritti civili e politici del cittadino, adottato a New York nel 1966, il cui art. 6 non si limitava a (ri)affermare il diritto alla vita, ma stabiliva che la pena di morte, nei Paesi in cui essa non era stata abolita, potesse essere prevista solo per i delitti più gravi (oltre che essere applicata nel rispetto di determinate garanzie sostanziali e procedurali e comunque non nei confronti dei minori di 18 anni e delle donne incinte). Pure quel testo è andato incontro a integrazioni, motivate da istanze umanitarie, con il II protocollo facoltativo che nel 1989 ha sancito l'abolizione della pena di morte, pur facendo salva la possibilità che ne sia prevista l'operatività negli Stati per reati militari commessi in tempo di guerra: almeno nei sistemi penali "comuni" la sanzione capitale non avrebbe più potuto trovare applicazione. Le stesse istanze si sono tradotte con la c.d. Carta di Nizza del 2000, nella quale l'art. 2 garantisce il diritto alla vita, proibendo espressamente inflizione ed esecuzione della pena di morte, mentre l'art. 19 vieta che si possa concedere l'estradizione a Paesi extra-europei disposti

[61] F. Palazzo, *Pena di morte e diritti umani (a proposito del Sesto Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXVII (1984), pp. 759 ss.

ad applicare la pena di morte, oltre che a praticare la tortura o trattamenti inumani o degradanti[62].

L'evoluzione che, mercé l'aggiornamento dei suddetti testi convenzionali, si è registrata in ambito internazionale negli scorsi decenni, attesta la visione lungimirante e la progredita sensibilità della nostra Carta costituzionale nell'opporsi all'applicazione della pena capitale al di fuori del tempo di guerra[63]. Il percorso evolutivo registrato sul versante del diritto internazionale, però, ha anche agito "di sponda" sul legislatore nostrano, prestandosi come stimolo (anche politico) a eliminare le residue previsioni penali che ancora contemplavano l'astratta applicabilità della massima sanzione in Italia.

Così, la legge 13 ottobre 1994, n. 589 è intervenuta ad abolire la pena di morte ancora prevista nel codice penale militare di guerra[64], disponendone la sostituzione con l'ergastolo; ne è seguita la totale scomparsa della pena capitale dal nostro sistema penale. In realtà, quel provvedimento, più che da una progredita sensibilità umanitaria, fu motivato dall'esigenza di sgombrare il campo dalla possibilità che alla più grave sanzione si desse *concreta* applicazione con l'operatività del codice penale militare di guerra; possibilità in linea di principio remota (stante quanto prevede l'art 11 Cost.), ma in realtà non del tutto esclusa, perché in certi casi quel codice penale militare potrebbe trovare applicazione pur in mancanza di una formale dichiarazione di guerra: in particolare, nell'eventualità di invio di corpi di spedizione all'estero per l'espletamento di missioni militari (art. 9 c.p.m.g.; ma v., anche, l'art. 19, comma 2 della L. 21 luglio 2016, n. 145)[65]. Questa ipotesi prometteva appunto di materializzarsi in quegli anni di progressivo impegno delle nostre FF.AA. in vari scenari di conflitti

[62] L. Goisis, *La revisione dell'articolo 27 comma 4 della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LI (2008), pp. 1678 ss.

[63] F. Viganò, *La Corte*, cit., pp. 1118.

[64] T. Padovani, *L. 13.10.1994, n. 589 - Abolizione della pena di morte nel codice penale militare di guerra*, in «La legislazione penale», XV (1995), pp. 369 ss.; G. Mazzi, *L'abolizione della pena di morte nelle leggi penali militari di guerra*, in «Rassegna della giustizia militare», XX (1994), pp. 97 ss.; M. Nunziata, *Scompare del tutto la pena di morte dall'ordinamento italiano?*, in «La giustizia penale», LVII (1996), I, cc. 155 ss.; A. Bertolino, *Effetti dell'abrogazione della pena di morte dal codice penale militare di guerra*, in «Rassegna della giustizia militare», XXIV (1998), pp. 23 ss. Anche in Spagna nel 1995 è stata abrogata pena di morte dalla legge di guerra. Per un elenco degli Stati che hanno espunto la pena capitale v. L. Goisis, *La revisione dell'articolo 27 comma 4*, cit., pp. 1670 ss.

[65] P. Pittaro, *Quale codice penale per le spedizioni militari all'estero?*, in «Diritto penale e processo», VII (2001), pp. 1436 ss. Sulla praticabilità di tale eventualità v. D. Notaro, *Lineamenti di diritto penale militare*, Torino 2020, pp. 33 ss.

internazionali[66]. È stata dunque un'esigenza pratica di politica criminale a sollecitare la radicale soluzione abolizionista nell'ordinamento[67].

Più ambizioso, semmai, nella prospettiva di affermazione del valore assoluto della vita umana, è stato l'obiettivo della legge costituzionale n. 1/2007, intervenuta a moncare l'art. 27, comma 4 Cost. della locuzione derogatoria che ammetteva l'eccezionale prevedibilità della pena di morte nella legislazione di guerra. Com'è noto[68], quella legge ha adeguato il nostro ordinamento al XIII protocollo aggiuntivo alla C.e.d.u., stipulato a Vilnius nel 2002. Per quanto l'intervento non abbia comportato effetti concreti (dal momento che la pena di morte era già totalmente assente dal nostro sistema penale), esso ha segnato una presa di posizione significativa sul piano ideologico[69], oltre che su quello politico[70]. Grazie ad esso, infatti, l'ordinamento italiano ha assunto una ferma posizione abolizionista dinanzi al dibattito internazionale[71] corrente sulla pena di morte. Ed è sullo scenario internazionale – là dove il confronto fra esigenze di difesa sociale e rispetto dei diritti umani si arricchisce di tensioni etiche[72] coinvolgenti l'opinione pubblica[73] – che si gioca oggi la partita più importante per il superamento della pena capitale; è lì che occorre adoperarsi insieme ad altri Stati per dare attuazione alle convenzioni e agli atti internazionali che affermano

[66] P.P. Rivello, *La missione italiana nell'area del Golfo Persico ed il ritorno di pesanti interrogativi in tema di codici penali militari*, in «La legislazione penale», X (1991), pp. 165 ss.; S. Dini, *Operazioni belliche internazionali e militari italiani*, in «Questione e giustizia», XVIII (1999), p. 857; M. Block, *Corpi di spedizione all'estero tra codici penali di guerra e codici penali di pace*, in S. Riondato (cur.), *Diritto e Forze Armate. Nuovi impegni*, Padova 2001, p. 237.

[67] G. Mazzi, *L'abolizione*, cit., p. 101.

[68] L. Goisis, *La revisione dell'articolo 27 comma 4*, cit., p. 1655.

[69] L. Goisis, *ivi*, p. 1668.

[70] In quel periodo era in discussione in Parlamento l'approntamento di un testo unico delle missioni militari internazionali che avrebbe potuto implicare l'impiego della pena capitale: v. G. Rosin, *Missioni militari internazionali: la necessità di una disciplina penale* «ad hoc», in A. Gargani (cur.), *Il diritto penale militare tra passato e futuro. Tradizione, profili politico-criminali e prospettive di riforma dei codici penali militari*, Torino 2009, pp. 107 ss.

[71] G. Coletta, *Identità europea, pena di morte e valori costituzionali*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», XXXIII (2000), pp. 45 ss.

[72] L.A. Zapatero – L. Foffani, *La pena di morte e la Chiesa cattolica: la riforma del Catechismo di papa Francesco*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», XXXVI (2019; numero speciale: *La pena nei diritti delle religioni*), pp. 45 ss.; A. Tira – G.F. Tarabano, *Le confessioni cristiane non cattoliche e la pena di morte*, ivi, pp. 169 ss.

[73] R. Guidi, *Il ruolo dell'opinione pubblica nella lotta contro la pena di morte*, in I. Mereu (cur.), *Morte come pena in Leonardo Sciascia. Da "porte aperte" all'abolizione della pena di morte*, Milano 1997, pp. 101 ss.

il valore della vita di ogni uomo[74]. Su quel versante assume certamente il suo peso l'attestazione formale della presa di posizione "definitiva" dello Stato e dell'opinione pubblica italiana di rinunciare all'impiego di uno strumento afflittivo che si pone in patente contrasto con la difesa dei valori fondamentali (della vita e della dignità) anche degli individui che siano chiamati a rispondere delle più gravi infrazioni commesse.

5. *Quale bilancio dell'esperienza abolizionista?*

Il "salto di qualità" delle riflessioni maturate in Europa e in Italia nell'ultimo periodo in tema di pena di morte, è dunque costituito dall'adozione di una diversa prospettiva di gestione della misura: il rifiuto di discutere della sua maggiore o minore efficacia nel contenere la diffusione della criminalità e la considerazione del suo frontale contrasto con l'affermazione dei diritti inalienabili della persona. Tale prospettiva si è inverata nel riconoscimento del valore giuridico della dignità del reo e nell'esaltazione della funzione rieducativa della pena come programma imprescindibile della risposta al reato in ogni sua declinazione[75].

Da queste direttrici diverge la pena di morte, che sottende la consumazione di un'istanza di vendetta consumata in vece delle vittime dei reati e portata sino all'esito di negare dignità al responsabile di pur gravi episodi criminali. Quella misura si distingue, non soltanto per l'irreversibilità degli effetti che produce. Essa denota, altresì, rigidità applicativa, in quanto tratta in maniera uniforme gli autori dei reati per la sola circostanza che gli stessi si presumono connotati da spiccate inclinazioni criminali espresse *al momento del fatto*, e senza dare modo di

[74] Oltre al menzionato Patto internazionale sui diritti civili e politici del cittadino del 1966, deve ricordarsi che gli artt. 3 e 5 della Dichiarazione Universale ONU del 10 dicembre 1948, pur senza vietare la pena di morte, sanciscono il diritto alla vita e vietano il compimento di atti di tortura, inumani o degradanti. A quelle statuizioni si ritiene intimamente correlata la propensione abolizionista della Carta: v. per tutti W.A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty International Law*, II ed., Cambridge 1997, p. 44. Si aggiunga che lo Statuto di Roma del 1998, istitutivo della Corte penale internazionale, non prevede la pena di morte fra le sanzioni irrogabili per i pur gravi reati di sua competenza: v. E. Fronza, *Le sanzioni*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, IV ed., 2020, pp. 281 e 298.

[75] E. Dolcini, *La pena*, cit., p. 404 s. e richiami; Id., *Pena e Costituzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXII (2019), pp. 18 e 21 s.; A. Averardi, *La Costituzione «dimenticata»: la funzione rieducativa della pena*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», LXIV (2021), pp. 145 ss.

considerare se la personalità del reo possa evolvere in direzione rieducativa. In tal guisa l'orientamento specialpreventivo che le pene devono assumere secondo la Costituzione, viene tradito già nella dimensione edittale della risposta sanzionatoria[76], prima ancora che nella fase di esecuzione. Merita di essere ricordata una non lontana esternazione con la quale il Presidente della Repubblica Mattarella ha sottolineato che la pena inflitta deve contemplare una possibilità di redenzione del reo[77]; la pena non può, cioè, escludere a priori l'eventualità che il reo giunga a modificare nel tempo la propria personalità onde legittimare un suo reingresso nella società. Non è chi non veda come la pena di morte incarni il modello di reazione punitiva opposto a quello tratteggiato dalla Prima carica della Stato nello spirito della Costituzione: un modello di pena "esclusivo" e segregante[78], piuttosto che "inclusivo" e pacificatore[79].

In breve, il divieto della pena di morte sublima l'esempio delle "pene senza speranza", che non si preoccupano del miglioramento e del recupero del reo, nella misura in cui non offrono un orizzonte di reinserimento sociale, con ciò deludendo la sollecitazione dei Costituenti. Di simili manifestazioni, una volta superato il retaggio della pena capitale, si discute oggi in Italia con riferimento alla figura dell'"ergastolo ostativo" che – cristallizzatasi fra le pieghe del regime penitenziario onde fronteggiare situazioni eccezionali[80] – tradisce pur sempre l'auspicio del superamento delle pene assolute e perpetue, formulato da Mittermeier in epoca liberale[81].

[76] E. Dolcini, *La pena*, cit., pp. 404 s.; Id., *Pena e Costituzione*, cit., p. 18.

[77] È l'intervento effettuato in occasione della visita al carcere minorile di Nisida l'11 settembre 2021.

[78] V. P. Costa, *Introduzione*, cit., p. 27; S. Lynn Babcock, *La pena di morte*, cit., p. 1039.

[79] R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LIX (2016), pp. 96 ss. e 108.

[80] N. Pisani, *La pena dell'ergastolo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVIII (2015), p. 606; L. Risicato, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, *ivi*, pp. 1246 ss.; C. Musumeci – A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo: fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli 2016; G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (curr.), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in «Forum di Quaderni costituzionali. Rassegna», VIII (2019).

[81] Per il legame logico fra le ragioni del divieto della pena capitale e le obiezioni al mantenimento dell'ergastolo ostativo, v. i saggi raccolti da F. Corleone – A. Pugiotto (curr.), *Il delitto della pena: pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma 2012; nonché P.P. de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Torino 2016, p. 187; A. Pugiotto, *Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LX (2017), pp. 1518 s.; C. Danusso, *Patibolo*, cit., pp. 51 ss., 63 e 66; G. De Francesco, *Invito al diritto penale*, Bologna 2019, p. 168; F. Viganò, *La Corte*, cit., pp. 1122 ss.

Donde il senso della domanda che ci siamo posti in ordine alla valenza del monito del giurista bavarese.

Com'è noto, l'ergastolo ostativo prende il nome dalla disciplina che gli artt. 4-*bis* e 58-*ter*, l. n. 354/1975 riservano ai condannati a pena perpetua per taluni gravi reati legati alle dinamiche della criminalità organizzata di stampo mafioso o terroristico. A quei detenuti, qualora omettano di collaborare con l'autorità giudiziaria nella ricostruzione dei fatti e nella ricerca dei colpevoli, è *ope legis* interdetto l'accesso ai c.d. benefici penitenziari; benefici che sono invece riconosciuti agli ergastolani detenuti per altri reati, sicché, grazie a questa possibilità la pena dell'ergastolo riesce a coniugarsi con i fondamenti costituzionali del sistema sanzionatorio[82]. Stante il suo (più) rigoroso regime, «l'ergastolo ostativo comporta per i condannati non collaboranti una segregazione totale, perpetua, impermeabile a qualsiasi progresso del detenuto verso la rieducazione e impermeabile persino al totale conseguimento – difficile, ma non impossibile – dell'obiettivo del "ravvedimento" di cui all'art. 176 c.p.»[83]. Perciò, anche alla luce dell'eterogeneità dell'obiettivo di collaborazione che la misura si prefigge, rispetto a quello di risocializzazione imposto dalla Costituzione, si lamenta l'incompatibilità del combinato degli artt. 4-*bis* e 58-*ter*, l. n. 354/1974 con il principio rieducativo sancito dall'art. 27, comma 3 Cost.[84]. La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha inoltre denunciato in più occasioni il contrasto fra le forme di detenzione perpetua che non ammettono alternative e l'art. 3 della Convenzione europea, che vieta il compimento di atti di tortura e trattamenti inumani[85]. Eppure,

[82] Corte costituzionale, 22 novembre 1974, n. 264, in «La giustizia penale», XXXVI (1975), cc. 33 ss. Sul perimetro costituzionale delle pene v. L. Risicato, *La pena perpetua*, cit., pp. 1251 e 1253.

[83] E. Dolcini, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXI (2018), p. 1687.

[84] L. Risicato, *La pena perpetua*, cit., p. 1246; E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LX (2017), pp. 1500 ss.

[85] Di recente Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 28 ottobre 2021, n. 52374, in «Il foro italiano», CXLVII (2022), V, c. 5; Ead., Sez. IV, 12 marzo 2019, n. 41216, in «Cassazione penale», LIX (2019), p. 3054. Con riferimento all'ergastolo ostativo v. Ead., Sez. I, 13 giugno 2019, n. 77633, Viola c. Italia, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXII (2019), p. 925; ma v. già Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito, in «Cassazione penale», LIII (2013), p. 4662; Corte Europea di diritti dell'uomo, Sez. II, 18 marzo 2014, Öcalan c. Turchia, in P. P. de Abuquerque, *I diritti umani*, cit., p. 182. Per il collegamento di questo indirizzo con la centralità della funzione rieducativa della pena v. A. Maugeri, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza delle Corti europee*, in A. Bondi – F.

la Corte costituzionale ebbe a pronunciarsi in passato per la legittimità della speciale disciplina penitenziaria[86]: sull'assunto per cui la mancata collaborazione dell'ergastolano in grado di rendere informazioni rilevanti, sottenderebbe un atteggiamento di ritrosia, per la Corte, persisterebbe in quei casi l'inclinazione criminale del detenuto e sarebbero frustrati validi percorsi rieducativi per cui giustificare la concessione dei benefici penitenziari. Sennonchè, in caso contrario si è fatto rilevare che la mancata collaborazione dell'ergastolano potrebbe sottendere un atteggiamento di paura di costui per la sua incolumità o per quella dei propri cari, non incompatibile con l'intrapresa di un percorso di rieducazione[87]; d'altronde, la collaborazione potrebbe seguire a calcoli utilitaristici del detenuto[88].

Che si tratti di discussione mai sopita[89], è dimostrato da più recenti prese di posizione della Consulta[90], fino all'ultima con la quale si è

Fiandaca – G.P. Fletcher – G. Marra – A.M. Stile – C. Roxin – K. Volk (curr.), *Studi*, cit., pp. 836 ss.

86 Corte costituzionale, 9 aprile 2003, n. 135, in «Diritto penale e processo», IX (2003), p. 1351 con nota di A. Morrone, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4*-bis *ord. penit*.

87 F. De Minicis, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in «Diritto penale e processo», XX (2014), p. 1271; L. Eusebi, *Ostativo del fine pena. Ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LX (2017), p. 1517; D. Galliani, *Una cinquantina di problemi in materia di ergastolo ostativo*, *ivi*, p. 1522.

88 A. Pugiotto, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», VI (2016), 4, p. 29; G.M. Flick, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LX (2017), p. 1506.

89 M. Pelissero, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXI (2018), pp. 1360 ss.; E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in «Diritto Penale Contemporaneo», VIII (2018), 7-8, pp. 146 s.; Id., *L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello 'scopo',* in A. Bondi – F. Fiandaca – G.P. Fletcher – G. Marra – A.M. Stile – C. Roxin – K. Volk (curr.), *Studi*, cit., pp. 375 ss.; Id., *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione "ergastolo"*, in «Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale», XI (2021), 3, pp. 14 ss. e 22 ss.; L. Siracusa, *La "moralità" dell'ergastolo c.d. "ostativo" per fatti di mafia*, *ivi*, 1, pp. 192 ss. La Commissione ministeriale presieduta dal prof. Francesco Palazzo nel 2013, nell'intento di superare la valenza assoluta della presunzione ostativa sottesa alla mancata collaborazione con l'autorità giudiziaria, proponeva di concedere i benefici allorché ne siano comunque riconoscibili i requisiti normativi: v. la relazione in «Diritto Penale Contemporaneo», IV (19 febbraio 2014).

90 Corte costituzionale, 21 giugno 2018, n. 149, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXI (2018), p. 1359, con nota di M. Pelissero, *Ergastolo*, cit., e in «Giu-

statuito che la misura elude l'obiettivo di rieducazione e si è chiesto al legislatore d'intervenire entro un anno affinché delinei una disciplina atta a contemperare gli interessi in gioco[91].

Chi si sarebbe aspettato un passo più deciso della Corte costituzionale[92], ha rilevato nell'occasione l'incoerenza logica del pronunciamento fra le premesse d'illegittimità della misura e il responso "compromissorio" del giudizio, nonché il possibile difetto di efficacia della soluzione, per il rischio che il legislatore non raccolga la sollecitazione nei tempi prefigurati dai giudici di legittimità[93]; con il che, sarebbe nuovamente rimessa alla Corte costituzionale la responsabilità di demolire un istituto cui guarda una parte dell'opinione pubblica preoccupata delle negative ricadute anti-securitarie che potrebbero derivare dall'eliminazione dei severi limiti alla fruizione dei benefici penitenziari per gli ergastolani più pericolosi. Sennonché, il legislatore sembra essersi assunto l'impegno a riformare l'istituto, dando seguito alle indicazioni della Consulta: presso il Senato giace un testo approvato dalla Camera dei Deputati[94], con il quale si consente (anche) agli ergastolani non collaboranti di fruire dei benefici penitenziari, qualora essi adducano elementi che, tenuto conto delle ragioni della mancata collaborazione e del contesto circostante, consentano di escludere loro attuali collegamenti con organizzazioni criminali di stampo mafioso, terroristiche o eversive, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indirettamente o tramite terzi. Alla luce di tale novità la Corte costituzionale ha ulteriormente rinviato l'udienza di trattazione della

risprudenza costituzionale», LXIII (2018), p. 1362, con nota di A. Pugiotto, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, riguardante l'illegittimità dell'ergastolo "ostativo" inflitto ai condannati per sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione o a scopo di estorsione, cui segua la morte della persona sequestrata, ai quali i benefici penitenziari non si potevano applicare prima di aver scontato ventisei anni di detenzione.

[91] Corte costituzionale, (ord.) 11 maggio 2021, n. 97, in «Gazzetta Ufficiale», 12 maggio 2021, n. 19.

[92] R. De Vito, *Ergastolo ostativo: dalla Corte costituzionale la parola al legislatore, non al magistrato di sorveglianza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXIV (2021), pp. 1127 s. e richiami.

[93] E. Dolcini, *Fine pena*, cit., pp. 20 s.; A. Manna, *Ergastolo, ergastolo ostativo, CEDU e Costituzione: cronaca di un dialogo mai interrotto, ma pieno di asperità*, in «Archivio penale», LXXIII (2021), p. 19; L. Risicato, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXIV (2021), p. 654.

[94] È il d.d.l. n. 2574, d'iniziativa dei Deputati Bruno Bossio, Magi e altri.

questione di legittimità[95], onde concedere al Parlamento il tempo necessario a completare l'iter di approvazione della riforma[96].

Quale che sia la soluzione più corretta a cui indirizzare la vicenda[97], la preoccupazione della Corte costituzionale a che il trattamento penitenziario non sia prestabilito senza tenere conto della possibile evoluzione della personalità del reo, rafforza quel salto di prospettiva che lega insieme l'abbandono di pene assolute e irrimediabili, le istanze di umanizzazione del trattamento sanzionatorio e il riconoscimento del valore della dignità del reo quantunque autore di reati gravi[98]. Dall'adozione di questa prospettiva sensibile alle ragioni sottese all'art. 27, commi 3 e 4 Cost., si attende un contributo al ripensamento dei meccanismi punitivi, onde coniugare misura ed efficacia della risposta al reato[99].

[95] Corte costituzionale, ord. 10 maggio 2022, n. 122, in *www.cortecostituzionale.it*, ha fissato la nuova scadenza per l'8 novembre 2022.

[96] Nel licenziare le bozze di questo lavoro, si apprende la notizia della pubblicazione del decreto-legge, 31 ottobre 2022, n. 162, in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale*, 31 ottobre 2022, n. 255, il cui art. 1, comma 1 accoglie le indicazioni del menzionato disegno di legge, così da mettere in condizione il Parlamento di procedere nel rispetto dei tempi dettati dalla Corte costituzionale.

[97] V. i rilievi di G. Fiandaca, *Fine pena, come non dire mai*, in «Il Foglio», 10 marzo 2022. Si considerino, inoltre, i rilievi formulati dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale nelle *Osservazioni sul d.l. 31 ottobre 2022, n. 162*, reperibile sul sito www.aipdp.it/news.

[98] F. Viganò, *La Corte*, cit., pp. 1126 s.; P.P. de Albuquerque, *I diritti umani*, cit., pp. 184 e 188 s.

[99] Da ultimo il decreto legislativo n. 150/2022, ha ampliato la possibilità di fare ricorso a misure alternative al carcere, disciplinando, altresì, istituti riconducibili al paradigma della "giustizia riparativa". Su quel modello v. L. Eusebi (cur.), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015; M. Donini, *Pena agíta e pena subíta. Il modello del diritto riparato*, in A. Bondi – F. Fiandaca – G.P. Fletcher – G. Marra – A.M. Stile – C. Roxin – K. Volk (curr.), *Studi*, cit., pp. 389 ss.

Abolizione della pena di morte e costituzionalismo: un rapporto complesso

Paolo Passaglia

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'abolizione della pena di morte nel quadro dell'affermazione del costituzionalismo – 3. L'abolizione «ritardata» nel quadro di un costituzionalismo «consolidato» – 3.1. L'abolizione conseguente a una serie di riforme – 3.2. L'abolizione come espressione di una scelta politica «forte» – 4. Costituzionalismo e retenzionismo – 5. Qualche appunto in guisa di conclusione.

1. *Introduzione*

Il collegamento tra abolizione della pena di morte e costituzionalismo[1] potrebbe apparire, almeno sul piano teorico, piuttosto agevole da sviluppare: si sarebbe, infatti, tentati di sostenere che, là dove si afferma il costituzionalismo, la pena di morte viene abolita o, almeno, ha più probabilità di essere abolita.

Questa affermazione rappresenta la propaggine di quella che può definirsi alla stregua di una *idée reçue*, sulla cui base democrazia e tutela dei diritti vanno, tendenzialmente, di pari passo con l'eliminazione della possibilità per il potere pubblico di privare del più elementare dei diritti, quello alla vita.

Ora, un tale parallelismo, se analizzato dal punto di vista storico, si mostra, se non evanescente, quanto meno molto parziale, non fosse altro perché sono molti gli ordinamenti che, pur ispirandosi al costituzionalismo,

[1] La nozione di «costituzionalismo» non può che essere assunta, in questa sede, nella sua accezione generica di teoria volta a limitare il potere attraverso la sua soggezione al diritto, nell'ottica della protezione dei diritti dei consociati. Non è qui possibile dar conto delle varie definizioni che la teoria ha avuto e delle epifanie che la hanno caratterizzata nel corso della storia degli ultimi secoli. Per l'inquadramento generale delle tematiche, e per i necessari riferimenti bibliografici, v. A. Barbera (cur.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Roma-Bari 1997; M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari 2009.

mantengono o hanno a lungo mantenuto (e praticato) la pena capitale[2]. L'esempio degli Stati Uniti è troppo emblematico per non essere evocato a suffragio di questa considerazione. Eppure, sarebbe fuorviante trovare in quell'ordinamento la classica eccezione che non infirma la regola: intanto perché, se di eccezione può parlarsi, lo si può fare davvero solo per gli ultimi decenni, poi perché di eccezioni, in realtà, ce ne sarebbero anche diverse altre, alcune delle quali ancora ben presenti, come è il caso, in particolare (*rectius*, ad esempio), di Giappone e India, entrambi sistemi retenzionisti che eminenti politologi non esitano a qualificare come «democrazie consolidate»[3].

In effetti, i rapporti tra regimi ispirati al costituzionalismo e abolizione della pena di morte sono troppo complessi per poter essere descritti attraverso qualche eccezione a una regola presentata in forma quasi assiomatica. L'analisi richiede di prendere in considerazione svariati elementi, principalmente di ordine storico-politico, che possono contribuire a spiegare perché in certi ordinamenti si arriva all'abolizione prima e in altri dopo, perché in certi casi ci si arriva con processi rapidi e in altri con processi anche più che secolari. Come dire che il costituzionalismo non è estraneo all'abolizione della pena di morte, ma la sua affermazione non è di per sé incompatibile con la scelta retenzionista, di talché debbono sussistere (anche) altri fattori che alimentino e rafforzino l'abolizionismo fino a farlo prevalere.

Tra questi fattori, un ruolo di primissimo piano è quello da riconoscere all'esistenza o meno di rotture ordinamentali nel corso della storia di un paese. È, infatti, in occasione di questi momenti di svolta che, sovente, la pena di morte viene abolita. Ciò può provare a spiegare un paradosso non

[2] D'altro canto, non può neppure ignorarsi che è tutt'altro che esiguo il novero dei paesi nei quali del costituzionalismo si ha, tutt'al più, un'apparenza, ma in cui la pena di morte risulta abolita. Lo studio di questi casi richiederebbe un approfondimento particolare, volto a contestualizzare l'abolizione, la quale può essere, certo, espressione di un ammorbidimento del rigore dell'autocrazia, ma che può essere anche, per contro, il velo dietro al quale si autorizza l'esplicitazione della violenza di stato priva di qualunque argine che si fondi sull'esistenza di un processo, per quanto poco garantista questo possa essere. Proprio per la difficoltà di attribuire una valenza generale all'abolizionismo collegato all'autocrazia, il tema non verrà trattato in queste pagine (per qualche riferimento, sia consentito rinviare a P. Passaglia, *La condanna di una pena. I percorsi verso l'abolizione della pena di morte*, Firenze 2021, pp. 202 ss.): ci si concentrerà, viceversa, sulle problematiche di segno opposto, e cioè quelle legate alla pena di morte nei sistemi ispirati ai principi del costituzionalismo.

[3] Il riferimento è, tra i molti possibili, a A. Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (ed. 2012), trad it., *Le democrazie contemporanee*, II ed., Bologna 2014.

trascurabile, consistente nel fatto che, da un lato, l'abolizionismo è visto come un corollario del costituzionalismo e che, dall'altro, i sistemi in cui il costituzionalismo è nato e si è storicamente consolidato figurano tra quelli che più hanno resistito (e resistono) all'abolizione.

2. *L'abolizione della pena di morte nel quadro dell'affermazione del costituzionalismo*

Un gran numero di Stati abolizionisti ha eliminato la pena di morte, in tutto o in parte, dopo aver chiuso un'esperienza dittatoriale. L'affermazione o la riaffermazione della democrazia costituzionale si è associata a quella dei diritti umani, tra i quali una collocazione ovviamente centrale è stata riservata alla protezione della vita, diritto che – alla luce dell'esperienza pregressa – si è ritenuto che dovesse essere reso opponibile anche nei confronti dei pubblici poteri[4].

La storia del continente europeo è, a tal riguardo, assai rivelatrice: l'abolizionismo, tanto nel secondo dopoguerra che nell'ultimo decennio del XX secolo, è stato alimentato in larga misura dall'intento di costruire sistemi giuridici ispirati a principi completamente diversi da quelli del passato, fossero essi le dittature nazi-fasciste o, più tardi, i regimi di socialismo reale. I nuovi ordinamenti sono stati fondati sui principi espressi dal costituzionalismo; e il timore di assistere di nuovo, nell'avvenire, agli abusi e agli orrori che si erano vissuti ha accentuato considerevolmente la cura riposta nell'assicurare una protezione adeguata alla vita e ai diritti di libertà degli individui. Il divieto della pena di morte si è pienamente inserito in questo quadro concettuale.

Può addursi quale esempio tra i più significativi proprio il caso italiano, poiché l'abolizione della pena capitale per i reati commessi in tempo di guerra vi venne introdotta dall'art. 27, quarto comma, della Costituzione («Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra»[5]), senza che alcuna obiezione significativa fosse sollevata

[4] Nel Secondo Dopoguerra, l'affermazione della protezione della vita è divenuta il simbolo di un nuovo corso anche per il diritto internazionale. Il riferimento va, in particolare, all'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti umani, adottata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, secondo cui: «[o]gni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona».

[5] Come noto, la legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1, abrogherà la virgola e le parole seguenti, assicurando, così, copertura costituzionale a una abolizione totale che era stata

in seno all'Assemblea costituente. La pena di morte non era, in effetti, un argomento politicamente molto divisivo nel contesto post-fascista, poiché l'abolizione era stata una delle manifestazioni più importanti del liberalismo che animava il Codice penale Zanardelli del 1889 e, di contro, la sua reintroduzione era stata una delle prime misure che avevano connotato il regime fascista, ancor prima che il Codice penale Rocco del 1930 venisse adottato.

L'eliminazione della pena di morte, almeno per i reati di diritto comune, era dunque la conseguenza logica del riconoscimento della centralità della persona umana, non solo perché la vita deve essere concepita come sacra, ma anche perché – senza che possa farsi eccezione neppure per il più brutale dei criminali – il castigo non può in alcun caso limitarsi a una semplice retribuzione, visto che deve mirare a proteggere, comunque, la dignità dell'individuo e, pertanto, a elevarla dall'abiezione di cui il reato è espressione, favorendo in tal modo il reinserimento sociale del reo. La collocazione stessa del divieto della pena di morte nella Costituzione indica molto chiaramente l'idea che del Costituente era propria: non può infatti essere un caso che il comma che precede l'affermazione del divieto ponga i principi secondo cui «[l]e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»[6].

Possono ritrovarsi idee sostanzialmente comuni a quelle che hanno animato il Costituente italiano nell'elaborazione del *Grundgesetz* tedesco del 1949, il cui art. 102 afferma, in maniera tanto sintetica quanto recisa, che «[*d*]*ie Todesstrafe ist abgeschafft*», la pena di morte è abolita.

Potrebbe suonare come una smentita di quanto appena sostenuto la circostanza che sull'abolizione della pena di morte uno dei due grandi partiti, quello dei cristiano-democratici (Cdu), fosse incline a lasciare la decisione a un successivo dibattito parlamentare. La smentita parrebbe ancor più evidente ponendo mente al fatto che l'abolizione fu introdotta nella Legge fondamentale a seguito di una proposta che era ben lungi dal condannare il passato. In effetti, in seno al *Parlamentarischer Rat*, la

introdotta qualche anno prima, con la legge 13 ottobre 1994, n. 589.

[6] La pena di morte nell'ordinamento italiano è oggetto di un gran numero di studi. Trascurando quelli di matrice più prettamente penalistica, e privilegiando quelli più orientati in senso teorico e/o storico, debbono menzionarsi, quanto meno, N. Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in Id., *L'Età dei diritti*, Torino 1977, pp. 201 ss.; I. Mereu, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Milano 1982 (nuova ed. 2000), pp. 127 ss.; P. Costa (cur.), *Il diritto di uccidere: l'enigma della pena di morte*, Milano 2010; D. Galliani, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Assisi 2012, pp. 37 ss.

questione dell'abolizione venne avanzata da Hans-Christoph Seebohm, un deputato di estrema destra, ciò che potrebbe apparire come minimo paradossale[7], ma che si spiega con l'obiettivo delle forze che non avevano rotto con il passato di opporsi alle esecuzioni dei criminali compromessi con la dittatura nazionalsocialista[8].

Per quanto paradossale la genesi della proposta possa essere stata, è un dato di fatto che al «vizio di origine» si sia posto ben presto rimedio, in particolare a opera dei socialdemocratici, che, tradizionalmente su posizioni abolizioniste[9], finirono per trascinare su posizioni favorevoli all'inserimento del divieto della pena nella Legge fondamentale anche una parte molto consistente dei cristiano-democratici, al punto che la proposta venne votata a larga maggioranza[10]. A testimonianza dell'atteggiamento che connotò un gran numero di deputati, può essere interessante citare un brano dell'intervento del deputato Friedrich Wilhelm Wagner, svolto nel corso della Cinquantesima seduta del Comitato di direzione: «Mi sembra indispensabile che in questa nuova Legge fondamentale, in cui è detto che la vita deve essere protetta, anche la pena di morte sia abolita. Abbiamo alle nostre spalle un periodo difficile di barbarie e della più profonda umiliazione dell'umanità. Mi sembra dunque indispensabile dare qui la prova che il popolo tedesco vuole davvero rinnovare la propria vita e considerare un diritto, il diritto alla vita, di una tale importanza che lo Stato non debba poter avere il diritto di privare della vita, poiché non è lo Stato ad averla data. Si tratta di una questione fondamentale»[11].

La condanna della pena di morte non avrebbe potuto essere più incisiva.

Il rifiuto del nazionalsocialismo e l'apertura verso nuovi principi sono stati all'origine delle abolizioni della pena capitale, anche se limitatamente ai reati di diritto comune, in altri paesi fortemente segnati dall'esperienza dittatoriale, quali, in particolare, l'Austria (1950) e la Finlandia (1949).

[7] A. Hammel, *Civilized Rebels: Death-Penalty Abolition in Europe as Cause, Mark of Distinction, and Political Strategy*, in A. Sarat – J. Martschukat (cur.), *Is the Death Penalty Dying?: European and American Perspectives*, New York 2011, p. 188, parla di una «sorpresa».

[8] V. R.J. Evans, *Rituals of Retribution: Capital Punishment in Germany, 1600-1987*, New York 1996, pp. 929 ss.

[9] È infatti da rilevare che l'abolizione della pena di morte figurava nel programma politico del Partito socialdemocratico già dal 1906: cfr. Y. Hötzel, *Debatten um die Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis 1990*, Berlino – New York 2010, pp. 14 ss.

[10] Sui lavori preparatori concernenti l'art. 103 (divenuto l'art. 102 nella redazione finale del *Grundgesetz*), v. B. Düsing, *Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland*, Offenbach 1952; Y. Hötzel, *Debatten um die Todesstrafe*, cit., pp. 10 ss.

[11] Sten. Prot. S., p. 669.

Tre decenni più tardi, alla fine – anch'essa – di un lungo periodo di dittatura, la Spagna entrò nel novero dei paesi abolizionisti: la Costituzione del 1978, che ha riaffermato i valori democratici e quelli del costituzionalismo, ha abolito la pena di morte per i reati di diritto comune. L'art. 15, in effetti, associa il divieto della pena capitale alla protezione del diritto alla vita in quanto diritto fondamentale: «Tutti hanno diritto alla vita e alla integrità fisica e morale, senza poter essere in alcun caso sottoposti a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti. È abolita la pena di morte, salvo quanto possano disporre leggi penali militari in tempo di guerra».

Da notare, peraltro, è che i dibattiti che condussero all'adozione della nuova Costituzione non posero in speciale rilievo la condanna della prassi del regime precedente, essendosi piuttosto concentrati sulla osservazione che l'abolizione parziale della pena di morte potesse essere sostenuta, soprattutto, avendo riguardo a considerazioni legate alla sua inutilità[12].

Quale che sia l'interpretazione da dare a questa circostanza, è indubbio che il fatto stesso di aver introdotto il divieto della pena di morte nell'articolo che sancisce il diritto alla vita in quanto diritto fondamentale sia la prova dello stretto legame sussistente tra l'abolizione e la nuova concezione dei rapporti tra i poteri pubblici e l'individuo. Sulla base della rilettura di questi rapporti, non è più l'individuo a dover essere funzionale all'azione dei pubblici poteri, ma sono questi ultimi che debbono agire nell'interesse del primo. Altrimenti detto, l'eliminazione della pena di morte è uno degli elementi che segnano la rottura tra la dittatura franchista e lo Stato democratico[13].

[12] Cfr., in particolare, l'intervento del deputato socialista Gregorio Peces-Barba Martínez, che propose di introdurre nella Costituzione il divieto della pena di morte, originariamente non contemplato all'interno del progetto, nella seduta del 18 maggio 1978 della Commissione degli «*Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas*» del Congresso dei deputati (*Diario de Sesiones*, 1978, n. 59, p. 2477). Con riferimento all'elaborazione dell'art. 15 della Costituzione spagnola, v. J.-F. Higuera Guimerá, *La prévision constitucional de la pena de muerte (comentario al artículo 15, segundo inciso, de la Constitución Española de 1978)*, Barcelona 1980; Y. Gómez Sánchez, *La pena de muerte*, in «Revista de Derecho Político», XXXVI (1992), pp. 178 ss.; v. anche, per una sintesi, E. García de Viedma – A.C. Andrés Domínguez, *La pena de muerte en la legislación comparada y en el Derecho español*, in *La Pena de Muerte y Su Abolición en España* 1995, pp. 15 ss.

[13] G. Rodríguez Mourullo, *Artículo 15. Derecho a la vida,* in *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978*, Madrid 1996, p. 292, parla della costituzionalizzazione della abolizione della pena di morte come di un «*signo de civilización y progreso*».

Lo stesso spirito ha guidato i paesi dell'Europa orientale dopo l'implosione dei regimi di socialismo reale. La transizione – più o meno lunga a seconda dei casi – verso un regime di democrazia liberale ha visto, dovunque, anche l'abolizione della pena di morte. Salve alcune eccezioni, nel corso degli Anni Novanta, tutti i paesi hanno proceduto all'abolizione di un castigo che era stato definito «barbaro»[14]; in qualche paese, una tale decisione è stata adottata sin dalle prime grandi riforme: l'eliminazione della pena di morte è stata, quindi, diretta espressione del cambiamento rispetto al passato regime[15].

3. *L'abolizione «ritardata» nel quadro di un costituzionalismo «consolidato»*

Non sempre l'abolizione della pena di morte è il risultato di profondi rivolgimenti storici. In molti ordinamenti, infatti, si è giunti all'abolizione al termine di un processo di maturazione, talvolta anche piuttosto lungo, nel corso del quale le idee abolizioniste hanno conquistato terreno progressivamente, fino a prevalere sull'opzione retenzionista. Questo processo può essere connotato dalla continuità della serie di riforme sfociate nell'abolizione oppure può essere segnato da decisioni «forti», assunte per imprimere un corso nuovo alla politica ordinamentale

3.1. *L'abolizione conseguente a una serie di riforme*

La ricerca di esempi del primo dei due tipi di abolizione appena evocati porta inevitabilmente a volgere lo sguardo verso il Regno Unito, paese che assomma in sé la caratteristica di essere la «culla» del costituzionalismo e quella di essere l'esempio più fulgido di un processo abolizionista estremamente lento, partito molto presto e terminato più tardi che altrove[16].

Le riforme che hanno condotto all'abolizione della pena capitale

[14] L'espressione è del Presidente della Cecoslovacchia, Vaclav Havel, il quale ha propugnato l'introduzione del divieto della pena di morte già nel periodo immediatamente successivo alla Rivoluzione di velluto. Il Parlamento cecoslovacco ha poi adottato una legge con cui si è sostituita la pena capitale con l'ergastolo, il 3 maggio 1990.

[15] Cfr. S. Frankowski, *Post-Communist Europe*, in P. Hodgkinson – A. Rutherford (cur.), *Capital Punishment. Global Issues and Prospects*, Winchester 1996, pp. 225 ss.

[16] Una compiuta analisi della pena di morte e della sua abolizione nel Regno Unito è stata recentemente condotta da G. Dobbs, *A Date with the Hangman: A History of Capital Punishment in Britain*, Barnsley 2020.

risalgono, in effetti, all'inizio dell'Ottocento, quando si iniziò a ridurre la consistenza del c.d. «*Bloody Code*», vale a dire l'insieme dei reati passibili della pena di morte, che avevano toccato la soglia di ben duecentoventidue.

Riforme importanti si succedettero, con l'obiettivo, da un lato, di superare lo schema delle *mandatory sentences*[17] e di conferire quindi ai giudici il potere di decidere, sulla base delle circostanze del caso, se la pena di morte potesse non essere inflitta[18], e, dall'altro, di limitare il numero di reati che potessero condurre all'esecuzione del condannato. Molteplici leggi vennero approvate a quest'ultimo fine; la più importante fu, senza dubbio, il *Punishment of Death, etc. Act 1832* (c. 62), che ridusse il numero delle *capital offences* a circa sessanta; cinque anni dopo, grazie all'*Offences Against the Person Act 1837* (c. 85) e ad altre leggi minori, i reati capitali vennero ridotti a non più di sedici. A seguito di ulteriori riduzioni, con il *Criminal Law Consolidation Act 1861* (c. 100), le *capital offences*, escludendo quelle previste dal diritto militare, vennero circoscritte a cinque: omicidio, spionaggio, alto tradimento, incendio in un cantiere navale, in una imbarcazione, in un magazzino o in un deposito reale, e pirateria con violenza. Dopo questo intervento, l'opera di riduzione del numero dei reati si arrestò.

I decenni successivi si caratterizzarono per alcune riforme più specifiche, come quella che impediva l'esecuzione di minori di sedici anni[19] e quella che distingueva dall'omicidio l'infanticidio commesso dalla madre, onde evitare a quest'ultima la pena di morte[20]. L'abolizionismo dovette però attendere la fine degli Anni Venti del Novecento per conoscere un nuovo vigore, associato, in larga misura, alla conquista del potere da parte del Partito laburista.

Nonostante alcuni incoraggianti segni di apertura di prospettive abolizionistiche, solo alla fine della Seconda guerra mondiale l'eliminazione della pena di morte poté davvero assumere una qualche attualità, con una *House of Commons* a maggioranza laburista. In particolare, quando, nell'aprile 1948, durante la discussione del *Criminal Justice Bill*, venne approvato il c.d. «emendamento Silverman» (dal nome del proponente), un emendamento tendente a sospendere le esecuzioni per cinque anni.

[17] Le *mandatory sentences* sono condanne che scattano automaticamente nel momento in cui il soggetto venga condannato per uno dei reati puniti obbligatoriamente con una determinata pena (nella specie, la pena di morte).

[18] Cfr. il *Judgement of Death Act* 1823 (c. 48).

[19] *Children Act* 1908 (c. 67). L'età dei non giustiziabili sarà poi elevata a diciotto anni dal *Children and Young Persons Act* 1933 (c. 12).

[20] *Infanticide Act* 1922 (c. 18).

Nel mese di giugno, però, si ebbe il voto contrario della *House of Lords* che suggerì ai responsabili del Partito laburista di non insistere sull'emendamento abolizionista, per timore di un conflitto tra le due *Houses*, su un tema delicato e politicamente sensibile.

Qualche anno dopo, fu nuovamente il deputato Sydney Silverman a introdurre, nel 1955, un *Death Penalty (Abolition) Bill*, con l'obiettivo di abolire la pena o, quanto meno, di sospendere le esecuzioni. La proposta di legge venne approvata dalla *House of Commons*, ma l'opposizione della Camera alta rese di fatto impossibile la sua approvazione definitiva. Come contropartita del blocco del progetto di legge, peraltro, i *Lords* accettarono l'adozione dell'*Homicide Act 1957* (c. 11), il quale, in primo luogo, delimitò la nozione di «omicidio», escludendolo quando l'autore fosse «affetto da un'anomalia della mente (derivante da una condizione di sviluppo mentale arrestato o ritardato o da qualunque causa congenita o indotta da malattia o lesioni) tale da alterare sostanzialmente la sua responsabilità, per atti e omissioni, derivante dall'aver commesso o dall'aver partecipato all'omicidio» (*section* 2(1)).

La stessa legge, inoltre, distinse tra gli omicidi che potevano dar luogo alla pena capitale e gli omicidi per i quali la pena di morte era esclusa.

La *section* 5(1) della legge manteneva la pena di morte per «(*a*) qualsiasi omicidio commesso nel corso di un furto o per la sua commissione; (*b*) qualsiasi omicidio commesso sparando o provocando un'esplosione; (*c*) qualsiasi omicidio compiuto nel corso o allo scopo di resistere a un arresto legale o di evitarlo o di prevenirlo, o di effettuare o di assistere una fuga o una liberazione dalla custodia legale; (*d*) qualsiasi omicidio di un agente di polizia nell'esercizio delle sue funzioni o di una persona che assiste[sse] un agente di polizia in servizio; (*e*) qualsiasi omicidio di un agente di polizia penitenziaria che agis[se] in esecuzione del suo dovere o di una persona che assiste[sse] un agente di polizia penitenziaria in servizio, nel caso di una persona detenuta al momento della commissione o della partecipazione alla commissione dell'omicidio».

La *section* 6(1) aggiungeva la recidiva come fattispecie idonea a fondare la condanna a morte: «[u]na persona condannata per omicidio era soggetta alla pena di cui sopra, se prima della condanna per quell'omicidio, antecedentemente o successivamente all'entrata in vigore della […] legge, fosse stata condannata per un altro omicidio commesso in un'altra occasione (purché entrambi gli omicidi fossero stati commessi in Gran Bretagna)». Per tutti gli altri casi, l'omicidio non avrebbe più condotto alla pena di morte (*section* 7 dell'*Homicide Act*).

La restrizione delle fattispecie suscettibili di portare all'applicazione della pena capitale ebbe l'effetto di ridurre considerevolmente il numero di esecuzioni. L'adozione da parte della *House of Commons* del *Death Penalty (Abolition) Bill* del 1955 aveva indotto l'*Home Secretary* a sospendere le medesime, che infatti non ebbero luogo nel corso del 1956; l'approvazione definitiva dell'*Homicide Act* condusse alla loro ripresa. Dal 1957, tuttavia, il numero di esecuzioni per anno non superò più le sette (quota raggiunta nel 1961), mentre nel decennio anteriore al 1956 – fatta eccezione per le otto esecuzioni del 1948 – ogni anno erano state come minimo dodici (nel 1947 e nel 1955), senza contare che, nel corso di alcuni anni, il numero era stato considerevolmente più elevato, e segnatamente nel 1952, quando le esecuzioni erano state ventitré.

Le ultime due esecuzioni ebbero luogo nel 1964. La vittoria del Partito laburista alle elezioni nazionali di quell'anno dette all'abolizionismo un nuovo slancio. Fu, ancora una volta, Sydney Silverman a presentare un *private member's bill*, il quale venne finalmente adottato da entrambi i rami del Parlamento.

Con il *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965* (c. 71), la pena prevista per gli omicidi che l'*Homicide Act 1957* sanzionava con la pena di morte diveniva l'ergastolo. La legge introduceva una sospensione provvisoria delle condanne per cinque anni e subordinava l'abolizione definitiva a una *affirmative resolution* che le due Camere avrebbero dovuto votare entro il 19 luglio 1970. La *House of Commons* procedette in tal senso il 16 dicembre 1969; lo stesso avvenne nella *House of Lords* due giorni più tardi. La pena di morte era così abolita per il reato di omicidio.

Sulla scorta di tale intervento, in Gran Bretagna, la pena di morte restava in vigore per quattro reati di diritto comune, e cioè lo spionaggio, l'alto tradimento, l'incendio in un cantiere navale, in una imbarcazione, in un magazzino o in un deposito reale, e la pirateria con violenza. Il diritto militare prevedeva, inoltre, la pena capitale per sei reati, quali: la colpa grave nel corso delle azioni militari, l'intesa con il nemico, l'ostruzione alle operazioni militari, l'invio di falsi segnali aerei, l'ammutinamento o l'incitamento all'ammutinamento, la mancata repressione dell'ammutinamento con il fine di agevolare il nemico.

Nel corso degli anni, la pena di morte è stata soppressa per tutti questi reati, senza che, nel frattempo, ci siano state esecuzioni: il *Criminal Damage Act 1971* (c. 48) ha eliminato la pena capitale per l'incendio in un cantiere navale, in una imbarcazione, in un magazzino o in un deposito reale; l'*Armed Forces Act 1981* (c. 55) la ha eliminata per lo spionaggio; la pena di

morte per alto tradimento e per la pirateria con violenza è stata abolita, nel mese di luglio 1998, dal *Crime and Disorder Act 1998* (c. 37).

Infine, la *section* 21 (5) dello *Human Rights Act 1998* (c. 42) ha eliminato completamente la pena di morte, sopprimendola per i reati previsti dal diritto militare. In occasione della ratifica, il 20 maggio 1999, del Protocollo n. 6 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il Regno Unito aveva dunque già operato una scelta in favore dell'abolizionismo totale. La ratifica del Protocollo n. 13 alla Convenzione europea, il 10 ottobre 2003, ha consacrato, a livello internazionale, questa scelta, la quale, sulla base di quanto si è potuto constatare, è stata il prodotto di una lunga evoluzione, segnata dal concatenarsi di progressi talvolta anche minimi, a dimostrazione di come l'alternativa tra il mantenimento o l'abolizione della pena di morte non sia stata «drammatizzata», per così dire, ma si sia risolta con il mutare nel tempo dei paradigmi sociali e politici[21].

3.2. *L'abolizione come espressione di una scelta politica «forte»*

Alla lentezza del processo inglese fa da contrappunto un processo ben più accidentato che ha connotato un altro dei paesi cui si riconosce il ruolo di incubazione del costituzionalismo, quale la Francia. Qui l'abolizione è stata il frutto di una svolta politica molto marcata, anche se ovviamente non al punto di segnare un cambiamento di regime: a differenza di altre esperienze evocate in precedenza[22], quando, nel 1981, la scelta abolizionista è stata operata, non si trattava di affermare i principi del costituzionalismo, che erano ampiamente acquisiti, ma semplicemente di dare a essi una lettura parzialmente diversa rispetto a quella prevalente nel periodo precedente.

La Francia è stato l'ultimo paese dell'Europa occidentale a giustiziare dei condannati a morte[23] e tra gli ultimi a intraprendere il percorso abolizionista. Questi dati possono sorprendere, dal momento che la pena di morte era stata menzionata già nei *Cahiers de doléances* dell'epoca rivoluzionaria e che, dal 1791, erano state depositate numerose proposte di legge che miravano all'abolizione o, quanto meno, a una limitazione significativa dell'applicazione della pena capitale. Nel 1908, addirittura, il Governo aveva presentato un progetto di legge che prevedeva l'abolizione

[21] Con riferimento al lungo cammino dell'abolizione nell'ordinamento britannico, v. anche B.P. Block – J. Hostettler, *Hanging in the balance: a history of the abolition of capital punishment in Britain*, Winchester 1997.

[22] V. *supra*, par. 2.

[23] L'ultima esecuzione è stata posta in essere il 10 settembre 1977.

della pena di morte e la sua sostituzione con l'ergastolo: dopo un dibattito quanto mai acceso, il progetto era stato però respinto dalla Camera dei deputati, con 330 voti contrari e solo 201 favorevoli.

Dopo (e in conseguenza di) questa pesante sconfitta, nessun Governo si era più impegnato in maniera fattiva in chiave abolizionista, lasciando ai soli parlamentari il compito di affrontare e decidere sulla questione. Forse anche per la ritrosia mostrata dagli Esecutivi, le proposte di legge, che pure non erano mancate nel corso della Terza, della Quarta e della Quinta Repubblica, non avevano mai ottenuto il sostegno necessario in seno alle Camere[24].

Il «ritardo francese» si è comunque accumulato principalmente nel corso della Quinta Repubblica, il che può essere spiegato con la circostanza che la contrapposizione tra abolizionisti e retenzionisti corrispondeva, in larga misura, a quella tra la sinistra, da un lato, e il centro e la destra, dall'altro: la prima faceva dell'abolizione un elemento rilevante del proprio programma politico, mentre in seno ai secondi era molto chiara – sebbene non incontrastata – la preminenza delle opinioni in favore del mantenimento della pena.

In questo contesto, la lunga egemonia dei partiti di centro-destra durante la Quinta Repubblica ha dunque rappresentato un ostacolo rilevante, per non dire insormontabile, all'eliminazione della pena capitale. Se ne ha una dimostrazione ponendo mente al fatto che uno dei primi frutti dell'alternanza al potere sia stata proprio l'abolizione della pena di morte.

L'impegno assunto durante la campagna elettorale dal candidato socialista alla Presidenza della Repubblica, François Mitterrand, è stato, infatti, pienamente rispettato: il 26 agosto 1981, cioè qualche settimana dopo le elezioni presidenziali, che avevano visto la vittoria di Mitterrand, e le elezioni legislative, che avevano dato alla coalizione social-comunista la maggioranza dei seggi all'Assemblea nazionale, il Consiglio dei ministri adottava il progetto di legge tendente ad abolire la pena di morte[25].

[24] I grandi dibattiti parlamentari sull'abolizione della pena di morte sono stati riprodotti nel *dossier* de *La Documentation française*, *L'abolition de la peine de mort en France*, aggiornato al 4 ottobre 2021, disponibile sul sito *internet* de *La Documentation française* alla pagina https://www.vie-publique.fr/dossier/19493-labolition-de-la-peine-de-mort-en-france. Si veda anche *Les grandes pages de l'histoire de l'abolition de la peine de mort en France*, ipertesto disponibile sul sito del Senato francese, alla pagina http://www.senat.fr/evenement/archives/D22/abolition1.html, nonché R. Micheli, *L'émotion argumentée: l'abolition de la peine de mort dans le débat parlementaire français*, Parigi 2010.

[25] Una delle ragioni che possono aver condotto a una così sollecita iniziativa risiede forse nella necessità di evitare una sovraesposizione politica del Presidente Mitterrand. Questi

Sostenuto, nel corso dei dibattiti parlamentari, da un guardasigilli come Robert Badinter, da sempre convinto abolizionista, il progetto veniva adottato dall'Assemblea nazionale, in prima lettura, il 18 settembre 1981, con 363 voti favorevoli e 117 contrari[26]; il 30 settembre, il Senato, a sua volta, adottava il progetto con 160 voti favorevoli contro 126. Con queste due votazioni, la pena di morte veniva abolita, in Francia, per tutti i reati, venendo sostituita da «la reclusione criminale a vita o la detenzione criminale a vita a seconda della natura del reato interessato» (art. 3 della legge n. 81-908 del 9 ottobre 1981 recante l'abolizione della pena di morte)[27].

Come è chiaro, la vittoria del fronte abolizionista è stata resa possibile dal ribaltamento dei rapporti di forza a livello politico, che ha permesso ai partiti di sinistra di accedere al potere. Questa constatazione è lungi dal poter essere smentita dalla circostanza che un certo numero di deputati e di senatori di centro e di destra abbiano espresso il loro voto in favore dell'abolizione[28]. Il fatto che una parte della minoranza si sia allineata sulle posizioni della maggioranza, più che esprimere un embrione di consenso *bypartisan*, dimostra semmai come i tempi fossero ormai ampiamente maturi perché la Francia raggiungesse il resto dell'Europa occidentale. La drammatizzazione che il dibattito sull'abolizione ha assunto, al momento del voto parlamentare, è probabilmente una dimostrazione ulteriore di come si avvertisse, da una parte sempre più consistente della classe politica, l'insostenibilità del mantenimento della pena con l'evoluzione del costituzionalismo e della cultura dei diritti dell'essere umano.

aveva, infatti, dichiarato che avrebbe sistematicamente graziato i condannati a morte, ciò che aveva in un certo senso «deresponsabilizzato» le corti d'assise, con il rischio di aumentare il numero di condanne a morte che il Presidente avrebbe poi dovuto smentire con atto d'autorità.

[26] La ripresa video del dibattito è disponibile sul sito *internet* dell'Assemblea nazionale (all'interno del *dossier* sulla *Loi du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort*, aggiornato al febbraio 2010), alla pagina http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/.

[27] Sull'abolizione della pena di morte in Francia, v. J.-M. Carbasse, *La peine de mort*, Paris 2002; S. Costa (cur.), *La peine de mort: de Voltaire à Badinter*, Paris 2007; R. Badinter, *L'abolition de la peine de mort*, Paris 2007; R. Badinter, *Contre la peine de mort: écrits 1970-2006*, Paris 2011.

[28] Da notare è che fra i trentasette deputati abolizionisti di centro-destra figurava anche il futuro Presidente della Repubblica, Jacques Chirac.

4. *Costituzionalismo e retenzionismo*

Se, dalle esperienze britannica e francese, si coglie quanto l'assenza di «traumi» storici legati alla dittatura possa aver reso meno urgente l'eliminazione della pena capitale, con gli Stati Uniti, l'altro grande paese nel quale il costituzionalismo ha potuto affermarsi già a partire dal Settecento, si deve addirittura constatare la piena compatibilità tra costituzionalismo e retenzionismo.

Per quanto si trovino proprio all'interno degli U.S.A. i territori che sono da più tempo abolizionisti[29], in questo paese la pena di morte è stata per lungo tempo praticata senza che fosse sollevato alcun significativo dubbio in merito alla sua compatibilità con la Costituzione federale[30].

Se è vero che la Dichiarazione di indipendenza del 4 luglio 1776 avrebbe potuto al riguardo sollevare qualche interrogativo, per il fatto di aver qualificato la vita (unitamente alla libertà e alla ricerca della felicità) alla stregua di uno dei diritti inalienabili di cui gli uomini sono «dotati a opera del Creatore», la Costituzione del 1787, e in particolare il *Bill of Rights* integrato nella Costituzione nel 1791, ha offerto ai sostenitori della pena di morte argomenti niente affatto trascurabili. Il Quinto Emendamento, in effetti, ha previsto che nessuno possa essere «privato della vita, della libertà o della proprietà *senza un regolare procedimento legale*»: in quest'ultimo inciso si è quindi introdotto il riconoscimento, implicito ma troppo chiaro per essere contestato, della possibilità per i poteri pubblici di *privare*

[29] In particolare, il primo territorio in cui la pena di morte venne abolita (per tutti i reati tranne che per il tradimento) fu il Michigan, nel 1846. Nel 1852, la pena capitale venne abolita nel Rhode Island, dove però venne reintrodotta vent'anni dopo. Il Wisconsin decretò l'eliminazione definitiva della pena di morte nel 1853.

[30] Una bibliografia sulla pena di morte negli Stati Uniti, anche senza essere minimamente esaustiva, imporrebbe la redazione di una nota di dimensioni oltremodo considerevoli. Si ritiene, quindi, necessario limitarsi a indicare, in questa nota e nelle prossime, solo alcuni dei più significativi e recenti contributi in materia, non senza sottolineare fin da ora il carattere estremamente arbitrario della selezione operata. Sul retenzionismo statunitense in chiave comparatistica, v. C.S. Steiker, *Capital Punishment and American Exceptionalism*, in M. Ignatieff (cur.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton 2005; D. Garland, *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition*, Cambridge (MA) 2010 (trad. it. *La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, Milano 2013). Con precipuo riguardo alla comparazione con l'Europa, v. J. Kleinfeld, *Two Cultures of Punishment*, in «Stanford Law Review», LXVIII (2016), pp. 986 ss. Sulle problematiche suscitate dalla conservazione della pena di morte nei rapporti con gli altri Stati, si veda M. W. Atwell, *An American Dilemma: International Law, Capital Punishment, and Federalism*, New York 2015.

della vita, purché ciò fosse fatto nel rispetto delle forme a presidio di un procedimento legale corretto[31]. Posto questo principio, non poteva trarsi una smentita di questa possibilità dal testo dell'Ottavo Emendamento, che vietava di infliggere «*cruel and unusual punishments*», tanto più che questa stessa formula, introdotta in Inghilterra dal *Bill of Rights* del 1689, aveva già dimostrato di non impedire l'applicazione della pena capitale[32].

I dibattiti che accompagnarono l'adozione dei primi dieci emendamenti alla Costituzione federale sono, in proposito, assai eloquenti. Il riferimento non va agli scambi dialettici che ebbero luogo in seno al Congresso federale, in cui l'espressione «pene crudeli e inusuali» venne criticata soprattutto per la sua ambiguità[33], ma piuttosto a quelli che si svilupparono in occasione della ratifica del *Bill of Rights* da parte degli Stati membri, dai quali si è potuto concludere che l'espressione era stata concepita essenzialmente come un ostacolo insormontabile alla tortura e all'inflizione di pene che avrebbero potuto condurre a sofferenze inutili per i condannati[34].

La giurisprudenza della Corte suprema federale ha fatto per lungo tempo riferimento proprio a questi dibattiti, nella misura in cui ha interpretato l'Ottavo Emendamento nel senso di escludere la legittimità di pene che fossero concepite come «crudeli e inusuali» al momento dell'adozione del *Bill of Rights*[35]. Questa giurisprudenza è stata reiteratamente confermata

[31] La formula del Quinto Emendamento, riferita al diritto federale, verrà poi ribadita nel Quattordicesimo, adottato nel 1868, riferito agli Stati.

[32] La ricostruzione storica della pena di morte nell'ordinamento statunitense è presente, in forme più o meno approfondite, in tutti gli scritti che trattano della tematica della pena. Si veda, comunque, per analisi diacroniche più distese, G.M. Bakken, *Invitation to an Execution: A History of the Death Penalty in the United States*, Albuquerque 2010; D. Garland – R. McGowen – M. Meranze (cur.), *America's Death Penalty: Between Past and Present*, New York 2011; J.R. Acker – R.M. Bohm – C.S. Lanier (cur.), *America's Experiment with Capital Punishment: Reflections on the Past, Present, and Future of the Ultimate Penal Sanction*, III ed., Durham (NC) 2014.

[33] Sul punto, v. la sentenza della Corte suprema federale sul caso *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, resa il 29 giugno 1972, p. 262.

[34] Sull'Ottavo Emendamento, e segnatamente sulla clausola inerente al divieto di pene crudeli e inusuali, v. F. Carrington, *Neither Cruel nor Unusual*, New Rochelle (NY) 1978; J.D. Bessler, *Cruel and Unusual: The American Death Penalty and the Founders' Eighth Amendment*, Boston 2012; K. Barry, *The Death Penalty & the Dignity Clauses*, in «Iowa Law Review», CII (2017), pp. 383 ss.; J.D. Bessler, *A Century in the Making: The Glorious Revolution, the American Revolution, and the Origins of the U.S. Constitution's Eighth Amendment*, in «William & Mary Bill of Rights Journal», XXVII (2019), pp. 989 ss.

[35] Con riferimento all'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema in materia di pena capitale, v., oltre agli scritti già menzionati nelle note precedenti, M.J. Perry, *Constitutional Rights, Moral Controversy, and the Supreme Court*, New York 2009, pp. 51

fino al 1910, anno in cui la Corte ha adottato un approccio evolutivo[36], che l'ha poi condotta, nel 1957, a stabilire un legame tra l'interpretazione da dare all'Ottavo Emendamento e gli «*evolving standards of decency*»: alla luce della nuova lettura, per la Corte suprema la valutazione della costituzionalità di una pena si traduceva nella applicazione di canoni che assicurassero il rispetto del principio ispiratore dell'emendamento, vale a dire «*the dignity of man*»[37].

La compatibilità della pena di morte con l'Ottavo Emendamento, che prima era semplicemente incontestabile, diveniva, in questo modo, una questione su cui discutere[38]. Nel corso degli Anni Sessanta e all'inizio del decennio successivo, la giurisprudenza della Corte suprema aveva mostrato, tuttavia, un atteggiamento assai poco propenso ad avallare la tesi abolizionista[39], che pure aveva guadagnato terreno nell'opinione pubblica, in parallelo con una diminuzione considerevole delle esecuzioni, il cui numero era passato, dai quarantasette casi nell'anno 1962, ai sette del 1965, per giungere a una sola esecuzione del 1966 e alle due dell'anno seguente. Da allora, non si erano più avute esecuzioni quando la Corte suprema, nel 1972, si era trovata a decidere sul celebre caso *Furman v. Georgia*.

Nel definire quel processo, la Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità della pena di morte inflitta in maniera arbitraria: era la prima volta che la Corte affermava che la pena capitale violava l'Ottavo Emendamento (oltre che il Quattordicesimo); tuttavia, la struttura della sentenza era ben lungi dall'essere chiarificatrice, in quanto, se, per un verso, una maggioranza

ss.; K. Williams, *Most Deserving of Death? An Analysis of the Supreme Court's Death Penalty Jurisprudence*, Burlington 2013.

[36] Cfr. la sentenza *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, resa il 2 maggio 1910.

[37] «Il concetto di base che soggiace all'Ottavo Emendamento non è altro che la dignità dell'uomo»; «[m]entre lo Stato ha il potere di punire, l'Emendamento esiste per garantire che tale potere sia esercitato nei limiti di *standards* di civiltà»; «le parole dell'Emendamento non sono precise, e il loro campo di applicazione non è statico», «[l]'Emendamento deve trarre il suo significato dagli *standards* di decenza in evoluzione che segnano il progresso di una società che matura»: Corte suprema federale, sentenza *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, resa il 31 marzo 1958, pp. 100 s.

[38] E ciò anche se nella sentenza *Trop v. Dulles* la Corte aveva espressamente escluso la crudeltà della pena di morte: «Quali che possano essere le argomentazioni contro la pena capitale, sia per motivi morali sia in termini di raggiungimento degli scopi della pena – e sono forti –, la pena di morte è stata applicata per tutta la nostra storia e, in un giorno in cui è ancora ampiamente accettata, non si può dire che violi il concetto costituzionale di crudeltà» (*ibid.*, p. 99).

[39] V., in particolare, la sentenza *McGautha v. California*, 402 U.S. 183, resa il 3 maggio 1971, che sarà oggetto di una rivisitazione profonda nella sentenza *Furman v. Georgia*, dell'anno successivo.

(oltretutto assai risicata, di cinque giudici su nove) si era coagulata sul dispositivo, per l'altro, le *opinions* dei giudici divergevano profondamente con riferimento ai motivi che conducevano all'incostituzionalità.

Il fondamento della declaratoria era da ricercare, per due giudici, nell'incompatibilità della pena di morte in quanto tale con l'Ottavo Emendamento[40]; gli altri tre giudici, di contro, erano addivenuti alla dichiarazione di incostituzionalità avendo riguardo, non già alla pena di morte *ut sic*, ma alla regolamentazione concreta della pena di morte e alla sua applicazione, che risultava, ai loro occhi, arbitraria: un giudice aveva enfatizzato l'applicazione discriminatoria delle norme che disciplinavano la pena[41]; un altro aveva censurato, in special modo, l'imprevedibilità di una pena che veniva inflitta in maniera casuale a un individuo piuttosto che a un altro[42]; il terzo aveva denunciato l'applicazione concreta che della pena di morte si faceva, tale da minarne l'efficacia, per il fatto di essere richiesta solo molto raramente dalla parte pubblica e di essere ancora più raramente inflitta da parte del giudice[43].

[40] Secondo il *Justice* Brennan, «[q]uando sia esaminata alla luce dei principi applicabili ai sensi della clausola della pena crudele e inusuale, la morte risulta condannata come fatalmente offensiva per la dignità umana», «[l]a pena della morte è quindi "crudele e inusuale", e gli Stati non possono più irrogarla come una pena per i reati» (sentenza *Furman v. Georgia*, cit., p. 305). Il *Justice* Marshall, per parte sua, affermava che «la pena capitale […] viola[va] l'Ottavo Emendamento perché [era] moralmente inaccettabile per il popolo degli Stati Uniti in questo momento della sua storia» (*ibid.*, p. 360).

[41] «Una legge che stabilisse che chiunque guadagnasse più di 50.000 dollari sarebbe esente dalla pena di morte sarebbe chiaramente caducata, così come una legge che in questi termini dicesse che i neri, coloro che non fossero mai andati oltre la quinta elementare a scuola, coloro che guadagnassero meno di 3.000 dollari all'anno, o coloro che fossero impopolari o instabili dovessero essere le uniche persone giustiziate. Una legge che, vista nel suo complesso, raggiunge quel risultato non ha una maggiore sacertà di una legge che in termini espliciti prevede la stessa cosa. Pertanto, queste leggi che aprono alla discrezionalità sono incostituzionali nel loro funzionamento. Sono gravide di discriminazione, e la discriminazione è un elemento non compatibile con l'idea di un'eguale protezione delle leggi implicita nel divieto di pene "crudeli e inusuali"»: *opinion* del *Justice* Douglas (*ibid.*, pp. 256 s.).

[42] «Queste condanne a morte sono crudeli e inusuali allo stesso modo in cui essere colpiti da un fulmine è crudele e inusuale. […] la discriminazione razziale non è stata dimostrata, e la metto da parte. Concludo semplicemente che l'Ottavo e il Quattordicesimo Emendamento non possono tollerare l'irrogazione di una condanna a morte in base a sistemi giuridici che consentono a questa sanzione unica di essere imposta in modo così arbitrario e assurdo»: *opinion* del *Justice* Stewart (*ibid.*, pp. 309 s.).

[43] «Non posso evitare la conclusione secondo cui, per come vengono amministrate le leggi soggette al nostro giudizio, la pena è irrogata così raramente che la minaccia dell'esecuzione è troppo attenuata per essere di servizio effettivo per la giustizia penale»:

Nonostante questa pluralità di impostazioni, si coglieva un aspetto che appariva centrale, e cioè la difficoltà di inquadrare la pena di morte entro schemi normativi e applicativi che non fossero arbitrari e discriminatori[44]. Anche alla luce di questo, si sarebbe potuto pensare che, in seguito alla sentenza *Furman*, la pena di morte sarebbe stata ben presto eliminata dall'ordinamento giuridico statunitense: cinque anni dopo l'ultima esecuzione, la Corte suprema aveva reso incostituzionale la disciplina della pena di morte in Georgia, andando però a colpire aspetti che si rintracciavano nelle regolamentazioni di tutti gli Stati retenzionisti, oltre che a livello federale. Come dire che, perché la pena capitale potesse essere nuovamente applicata, era necessario che venisse reintrodotta su basi giuridiche nuove. Le condizioni sembravano, dunque, molto favorevoli perché l'abolizione «provocata» dal potere giudiziario fosse, in sostanza, completata dall'inerzia dei legislatori, che avrebbe avuto l'effetto di non introdurre una nuova disciplina della pena di morte che sostituisse quella divenuta inapplicabile in ragione della dichiarazione di incostituzionalità[45].

opinion del *Justice* White (*ibid.*, p. 313).

[44] La tematica ha assunto una crescente importanza, nel tempo, come dimostrato anche dall'interesse mostrato dalla dottrina: cfr., ad es., sotto il profilo del rischio di applicazione arbitraria, C.L. Black, *Capital Punishment: The Inevitability of Caprice and Mistake*, II ed., New York 1981; B. Nakell – K.A. Hardy, *The Arbitrariness of the Death Penalty*, Philadelphia 1987; M.A. Foley, *Arbitrary and Capricious: The Supreme Court, the Constitution, and the Death Penalty*, Westport (CT) 2003; con riferimento agli aspetti più legati alla discriminazione, v., invece, H.W. Allen – J.M. Clubb, *Race, Class, and the Death Penalty: Capital Punishment in American History*, Albany 2009; F. Baumgartner – M. Davidson – K. Johnson – A. Krishnamurthy – C. Wilson, *Deadly Justice: A Statistical Portrait of the Death Penalty*, New York 2017; R.J. Maratea, *Killing with Prejudice: Institutionalized Racism in American Capital Punishment*, New York 2019. Sulle tematiche in discorso, v., più di recente, S.B. Kaufman, *American Roulette: The Social Logic of Death Penalty Sentencing*, Berkeley 2020.

[45] Queste aspettative sono state evocate, tra l'altro, anche nella *concurring opinion* della *Justice* O'Connor nella sentenza sul caso *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, resa il 29 giugno 1988: «Negli Anni Cinquanta e Sessanta, un numero sempre maggiore di Stati aveva abolito o limitato drasticamente la pena capitale, e le esecuzioni erano cessate completamente per diversi anni a partire dal 1968. Nel 1972, quando questa Corte ascoltò le argomentazioni sulla costituzionalità della pena di morte, tali statistiche avrebbero potuto suggerire che la pratica fosse diventata un retaggio del passato, implicitamente respinta da un nuovo consenso sociale. In effetti, l'avvocato aveva esortato la Corte a concludere "che il numero di casi in cui è irrogata la pena di morte, rispetto al numero di casi in cui la pena è possibile per legge, riflette una repulsione generale nei confronti della pena che porterebbe alla sua abrogazione se solo le leggi fossero più generalmente e diffusamente applicate" [*Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 386 (1972) (Burger, C.J., *dissenting*)]» (p. 855).

In concreto, la sentenza ha avuto l'effetto esattamente contrario: l'opinione pubblica si è orientata in maniera chiara verso l'opzione retenzionista e i legislatori sono stati influenzati, ben più che dai due giudici contrari in linea di principio alla pena di morte, dai tre giudici che avevano censurato la disciplina concreta della pena e/o la sua applicazione. Ne è risultato che la maggior parte degli Stati (trentacinque, in tutto) e la Federazione hanno adottato nuove leggi concernenti la pena capitale, strutturate in modo tale da evitare che la loro applicazione potesse di nuovo incorrere nella censura fondata sull'arbitrio che nella sentenza *Furman* aveva dato luogo alla declaratoria di incostituzionalità[46]. Alla luce di questa dinamica, la sentenza, che era stata inizialmente percepita come una vittoria (certo non decisiva, ma senza dubbio molto significativa) dell'abolizionismo, si è trasformata in un'occasione persa[47]. Un'occasione che non si presenterà più in seguito; e ciò nonostante che le nuove leggi adottate siano state oggetto, nel 1976 (e poi anche successivamente), di altre decisioni rese dalla Corte suprema.

Ma, nel 1976, la società e il contesto politico non erano più quelli di quattro anni prima. Già da questa constatazione si coglie quanto sarebbe stato difficile (per non dire impossibile), e in ogni caso velleitario, per la Corte confermare l'orientamento abolizionista. Non stupisce, dunque, che, mutato il contesto e mutata parzialmente la sua composizione, la Corte, in occasione del nuovo scrutinio, sia tornata sul tema della costituzionalità della pena di morte in quanto tale, per giungere a una risposta positiva.

Nel caso definito con la sentenza *Gregg v. Georgia*[48], era stata sollevata la questione relativa alla compatibilità con l'Ottavo Emendamento della previsione della pena di morte per il reato di omicidio. Al fine di escludere l'incostituzionalità, la Corte ha sottolineato, in primo luogo, che «[l]'irrogazione della pena di morte per il reato di omicidio ha una lunga storia di accettazione sia negli Stati Uniti che in Inghilterra» e che

[46] Sulla sentenza *Furman*, e sul suo impatto profondo sul sistema, v. D.M. Oshinsky, *Capital Punishment on Trial: Furman v. Georgia and the Death Penalty in Modern America*, Lawrence (KS) 2010.

[47] Cfr., nuovamente, la *concurring opinion* della *Justice* O'Connor nella sentenza *Thompson v. Oklahoma*, cit.: «Ora sappiamo che qualsiasi inferenza concernente un consenso sociale che rifiuta[va] la pena di morte sarebbe stata errata. Ma se questa Corte avesse allora dichiarato l'esistenza di un tale consenso e messo al bando la pena capitale, molto probabilmente i legislatori non sarebbero stati in grado di ripristinarla. La premessa errata della decisione sarebbe rimasta fissata nel diritto costituzionale, rendendo difficile il confutarla e ancor più difficile il respingerla» (p. 855).

[48] 428 U.S. 153 (1976). La sentenza è la più importante di una serie di cinque (c.d. *July 2 Cases*), tutte concernenti la pena di morte e tutte rese (appunto) il 2 luglio 1976.

«la pena ha continuato a essere utilizzata nel XX secolo dalla maggior parte degli Stati americani»[49]. È stato poi fatto riferimento alle disposizioni della Costituzione federale, la cui analisi ha condotto a riconoscere «che l'esistenza della pena capitale [era] stata accettata dai [Padri] fondatori»[50]. Queste conclusioni erano suggerite dalla stessa giurisprudenza della Corte suprema, sviluppatasi fino alla sentenza *Furman*, la cui vera novità era stata rappresentata, in definitiva, dalle opinioni espresse da due soli giudici[51]. Ma proprio il seguito che la sentenza aveva avuto, e segnatamente l'atteggiamento assunto dal Congresso federale e dai legislatori degli Stati membri, rendeva evidente che «una larga parte della società americana» percepiva ancora la pena di morte «come una sanzione penale appropriata e necessaria»[52]: «[le] leggi recentemente adottate [avevano] tentato di rispondere alle preoccupazioni espresse dalla Corte nella sentenza *Furman*, principalmente (*i*) specificando i fattori da ponderare e le procedure da seguire nel decidere quando irrogare una condanna a morte, oppure (*ii*) rendendo obbligatoria la pena di morte per [la condanna a] determinati reati»; in un modo o nell'altro, dunque, «tutte le leggi successive alla sentenza *Furman* chiari[va]no che la pena di morte in sé non [era] stata respinta dai rappresentanti elettivi del popolo»[53].

Certo, l'accettazione della pena di morte da parte della società non poteva essere di per sé sufficiente, in quanto «la sanzione irrogata non [poteva] essere così totalmente priva di una giustificazione penologica da sfociare nell'inflizione gratuita di sofferenza»[54]; in quest'ottica, tuttavia, la Corte non ha mancato di porre in risalto il fatto che «[l]a pena di morte si dice che abbia due scopi principali: la retribuzione e la deterrenza per reati capitali da parte di potenziali trasgressori»[55].

In definitiva, «considerazioni inerenti al federalismo, nonché il rispetto della capacità di un legislatore di valutare, nel contesto delle particolarità del suo Stato, il consenso morale riguardante la pena di morte e la sua utilità sociale come sanzione, richied[eva]no che [la Corte] conclude[sse], in assenza di prove contrarie più convincenti, nel senso che l'irrogazione della morte come pena per l'omicidio non [era] priva di giustificazione, e

[49] *Ibid.*, pp. 176 s.
[50] *Ibid.*, p. 177.
[51] *Ibid.*, pp. 178 s.
[52] *Ibid.*, p. 179.
[53] *Ibid.*, pp. 180 s.
[54] *Ibid.*, p. 183.
[55] *Ibid.*

quindi non [era] gravemente incostituzionale»[56].

Sulla base degli argomenti evocati, probabilmente, la conclusione non avrebbe potuto essere diversa da quella raggiunta.

In concreto, questa sentenza ha segnato un tornante giurisprudenziale: se, in precedenza, il principio dell'esistenza della pena di morte poteva essere contestato, successivamente la costituzionalità della pena di morte non è più stata messa seriamente in discussione. Nei decenni successivi, la giurisprudenza della Corte suprema ha conosciuto, ovviamente, una evoluzione, anche significativa. Ma questa evoluzione si è orientata in modo tendenzialmente costante nel senso di censurare, al massimo, alcuni aspetti della regolamentazione della pena di morte o alcuni profili applicativi della stessa. I risultati non sono stati trascurabili, nella prassi, ciò nondimeno è un dato di fatto che l'abolizione per via giudiziaria sembra essere uscita dall'orizzonte del diritto statunitense, se si eccettuano alcune dinamiche presenti in qualche Stato e alcune prese di posizione minoritarie all'interno della Corte suprema federale[57].

Nel complesso, se è vero che la Corte ha rafforzato la posizione teorica della pena di morte nel sistema, incidendo negativamente fino a precludere un percorso che potesse ambire a divenire dichiaratamente abolizionista[58], è anche vero che il progressivo sviluppo di una giurisprudenza restrittiva nei confronti della pena ha sicuramente favorito in maniera rilevante la generale contrazione del numero di condanne e di esecuzioni[59].

In sostanza, a fronte dell'impossibilità (innanzi tutto) *politica* di

[56] *Ibid.*, pp. 186 s.

[57] Il riferimento più significativo che può operarsi è alla *dissenting opinion* nel caso *Glossip v. Gross*, deciso il 29 giugno 2015 (576 U.S. 863), resa dal *Justice* Breyer, cui si è associata la *Justice* Ginsburg, nella quale così si è conclusa una dettagliata analisi sulle problematiche emergenti dalla persistente applicazione della pena di morte negli Stati Uniti: «Io credo che sia molto probabile che la pena di morte sia in contrasto con l'Ottavo Emendamento», tanto che, «come minimo, la Corte dovrebbe dedicare una intera riunione [a discutere] sulla questione di base» (*Glossip v. Gross*, Breyer, J., *Dissenting*, p. 946). L'autore della *dissenting opinion* sul caso *Glossip* ha poi espresso il proprio punto di vista in un volume dal titolo quanto mai eloquente: cfr. S. Breyer, *Against the Death Penalty*, Washington D.C. 2016.

[58] In generale, sul dibattito relativo all'abolizione della pena capitale negli Stati Uniti, v. H.A. Bedau – P.G. Cassell (cur.), *Debating the Death Penalty: Should America Have Capital Punishment? The Experts on Both Sides Make Their Case*, New York 2005; S. Bae, *When the State No Longer Kills*, Albany 2007; C.J. Ogletree Jr. – A. Sarat (cur.), *The Road to Abolition? The Future of Capital Punishment in the United States*, New York 2009; B.S. Yost, *Against Capital Punishment*, New York 2019.

[59] Cfr. F.R. Baumgartner – S.L. DeBoef – A.E. Boydstun, *The Decline of the Death Penalty and the Discovery of Innocence*, New York 2008.

contestare la pena di morte, la sua accettazione sul piano dei principi ha aperto la strada a una significativa limitazione, quanto a fattispecie in cui è invocabile e quanto a casi di concreta invocazione. La convivenza tra pena capitale e costituzionalismo ha finito, così, per poggiare su una solida base di pragmatismo anglosassone.

5. *Qualche appunto in guisa di conclusione*

L'analisi, affatto sommaria e lacunosa, che è stata condotta nei paragrafi precedenti non può certo avere la pretesa di fondare conclusioni. Tutt'al più, quanto si è venuti dicendo può offrire lo spunto per qualche considerazione, o forse più semplicemente per la mera estrinsecazione di qualche «sensazione».

Si è partiti revocando in dubbio il collegamento tra costituzionalismo e abolizione della pena di morte. Trattasi di un collegamento che, al netto di qualche eccezione, è sovente rivendicato, ma che, alla prova dei fatti, si mostra talmente approssimativo da apparire quasi fallace. L'aver sinteticamente ripercorso le vicende di alcuni degli ordinamenti più chiaramente ancorati ai dettami del costituzionalismo ha permesso infatti di constatare che, se l'adesione ai paradigmi del costituzionalismo favorisce un dibattito attorno alla perdurante accettabilità della pena di morte (ciò che è dimostrato dalle precoci iniziative abolizioniste che si riscontrano, ad esempio, in Francia e in alcuni territori statunitensi), non è per niente escluso che si addivenga al mantenimento di una tutela dimidiata del diritto alla vita all'interno di un sistema deputato alla tutela de(gli altr)i diritti nei confronti del potere.

Come si era ipotizzato in apertura, altri fattori incidono in maniera decisiva. Tra questi si è evocata l'esistenza di rotture della continuità ordinamentale, ma, alla luce della disamina condotta, anche altri elementi non possono essere pretermessi. E tra questi è il contesto *politico* a giocare un ruolo determinante. La pena di morte, non a caso, è stata felicemente etichettata come «la più politica delle pene»[60]: per motivi diversi, sia la storia dell'abolizionismo inglese che quella della «fiammata» abolizionistica francese, senza dimenticare il *boomerang* della sentenza *Furman* della Corte suprema di Washington, esprimono l'idea che uno dei tanti paradossi che si annidano dietro la pena capitale consista nel fatto che non c'è castigo

[60] Cfr. D. Galliani, *La più politica delle pene. La pena di morte*, cit.

che evoca problematiche giuridiche di più ampio respiro rispetto alla pena di morte, ma questo non osta a che l'introduzione, il mantenimento e la disciplina di questa pena sia influenzata da ragioni politiche in una misura superiore rispetto a tutte le altre sanzioni penali.

Sarebbe senz'altro eccessivo rispolverare l'affermazione, già ampiamente di retroguardia nel 1981, del deputato dell'Assemblea nazionale francese che, per replicare alle critiche dell'opposizione nei confronti della legge sulle nazionalizzazioni, si era avventurato in un temerario «*Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires*»[61]. Senza arrivare a tanto, non è però del tutto fuori luogo interrogarsi, in merito alla pena di morte, circa l'effettiva sottoposizione della logica politica a quella giuridica che, negli stessi Anni Ottanta, la migliore dottrina francese avrebbe sintetizzato con la formula de «[*l*]*a politique saisie par le droit*»[62].

[61] Il deputato in questione era il socialista André Laignel, che così si era espresso nella seduta del 13 ottobre 1981.

[62] Così L. Favoreu, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris 1988.

Abolizionisti a confronto: Ellero e Carrara

Alberto Torini

Negli ultimi anni la storiografia giuridica ha continuato a occuparsi della questione abolizionista. In tal contesto di rinnovato interesse verso la tematica, ha assunto rilevanza il volume a cura di Marco Paolo Geri *Biblioteca Abolizionista: Fermenti europei per una battaglia italiana*[1]. Tale volume, nel ripercorrere il fondamentale ruolo di Francesco Carrara, analizza la collana di «opuscoletti azzurri», successivamente nota col nome di *Biblioteca Abolizionista* e che consiste nella traduzione e divulgazione di scritti di giuristi stranieri quali, ad esempio, Mittermaier.

Giova ricordare, in proposito, che la questione dell'abolizione della pena capitale si sviluppò in Italia a seguito dell'unificazione nazionale. La pena capitale cessò di rappresentare una garanzia di ordine sociale il cui utilizzo era demandato al potere sovrano e divenne argomento di dibattito giuridico e filosofico volto a verificarne la legittimità a partire dal 1861 con il *Giornale per l'Abolizione della Pena di Morte* fondato da Pietro Ellero con il fondamentale contributo di Francesco Carrara. La finalità del *Giornale* era di sostenere la tesi abolizionista ed attuare un profondo rinnovamento del sistema criminale italiano[2]. Obiettivo primario del *Giornale* era di racchiudere le più illustri opinioni in una rivista, al fine di coinvolgere l'opinione pubblica nel dibattito abolizionista, obiettivo cui contribuì anche la richiamata *Biblioteca* curata da Carrara.

Il *Giornale*, in particolare, fu pubblicato tra il 1861 ed il 1864 in 12 numeri complessivi, caratterizzati da una forte idealità e da un approccio prettamente teorico, come efficacemente evidenziato da Elisabetta D'Amico[3]. Tali caratteristiche ne condizionarono gli esiti e, almeno nel breve periodo,

[1] M.P. Geri (introduzione e cura), *Biblioteca abolizionista. Fermenti europei per una battaglia italiana*, 2 voll., Roma 2021.

[2] Con il termine *Giornale* si farà riferimento, d'ora in poi, al *Giornale per l'abolizione della pena di morte* diretto da Pietro Ellero e Francesco Carrara tra il 1861 ed il 1864.

[3] E. D'Amico, *Educazione giuridica e battaglia abolizionista nel Giornale per l'Abolizione della pena di morte di Pietro Ellero*, in M.G. di Renzo Villata (cur.), *Formare il Giurista, esperienze nell'area lombarda tre Sette e Ottocento*, Milano 2004, pp. 577-605.

ne spiegano le ragioni del fallimento.

Non si deve dimenticare che taluni collaboratori della rivista (inclusi i direttori) ricoprivano incarichi accademici ed in alcune missive pubblicate nel *Giornale* venivano riportati estratti delle lezioni tenute presso alcuni tra i principali atenei italiani. Tale aspetto contribuì in misura rilevante a conferire al *Giornale* un approccio teorico e filosofico a discapito della trattazione degli aspetti più pratici e concreti che pure caratterizzavano la problematica dell'abolizione.

Ellero scriveva nel Programma del *Giornale* che si trattava «di vedere, se questa umanità, che ha creduto sin ora spegnere legittimamente le vite, non abbia fin ora per avventura commessi altrettanti assassinii»[4].

Arrivati allo scopo di uno Stato italiano senza pena di morte, il *Giornale*, ad avviso del giurista friulano, non avrebbe avuto più ragione d'esistere: «La durata prefissa a cotal opera è di necessità precaria: perocché, esaurita la discussione, appagato il voto, assicurato il trionfo, essa non ha più ragione d'esistere. Quindi la vita di questo giornale dura sino a che rimane in diritto la morte: nasce col desiderio e colla speranza di non vivere a lungo, nasce per morire. Lettori, se amor vi prende, compiangetene i natali, ma festeggiate ai funerali di sì strana esistenza!»[5].

Il mantenimento o l'abolizione della pena di morte rappresentava una tappa obbligata del processo di civilizzazione cui il diritto penale ambiva.

L'abolizione risultava il principale elemento ostativo all'unificazione legislativa e tale rimase fino all'approvazione del Codice Zanardelli. Solo in Toscana la pena capitale non risultava in vigore al momento dell'annessione al Regno sabaudo. Le possibili soluzioni circa la unificazione risultavano quindi sostanzialmente due: o l'estremo supplizio veniva reintrodotto anche in Toscana oppure l'abolizione doveva essere estesa su tutto il territorio nazionale. Quest'ultima soluzione veniva fermamente auspicata all'interno delle pagine del *Giornale*. Tuttavia, per oltre un ventennio non si giunse ad una soluzione e l'Italia rimase, in tale periodo, priva di una legislazione penale uniforme. Ciò dimostra, in ultima analisi, quanto la pena di morte rappresentasse una tematica dibattuta in dottrina in quegli anni e quanto il dibattito ad essa inerente fosse vivace tra gli intellettuali.

Alla luce di quanto indicato, l'obiettivo del presente lavoro è indagare dapprima le ragioni per cui il *Giornale* non ottenne nell'immediato momento storico il risultato auspicato e, in secondo luogo, dimostrare che

[4] P. Ellero, *Programma*, in «Giornale per l'abolizione della pena di morte», I (1861), n. 1, p. 3.
[5] *Ibid*.

le argomentazioni di cui lo stesso si fece promotore risultarono di primaria valenza nel contesto dell'approvazione del Codice Zanardelli. A tal fine, piuttosto che muovere da un'analisi della "pena di morte" è opportuno interrogarsi sulla "morte come pena"[6]. L'adozione del secondo presupposto consente di spostare l'interesse di studio sulle ragioni per cui un atto dalle conseguenze irreparabili sia stato trasformato in un'azione legale regolata da precise norme procedurali. Come si può facilmente evincere, non si tratta di una mera differenza terminologica.

Un'ampia trattazione del problema della pena capitale è compiuta da Carrara proprio nel Giornale. Il *Programma*, aggiornato e rivisto con l'aggiunta di nuovi sviluppi ed argomentazioni, venne integralmente pubblicato nel *Giornale*[7] costituendone forse l'intervento più significativo. Nella prima parte di tale scritto Carrara affermava, a livello metodologico, che la valutazione circa la (il)legittimità della pena di morte avrebbe dovuto avere un unico parametro di riferimento: il principio posto alla base del diritto di punire. A tal proposito, l'autore rinveniva tale fondamento nella legge di natura; da ciò facendone conseguire l'impossibilità di privare un individuo della propria vita poiché la legge di natura è, per sua intrinseca caratteristica, essenzialmente conservatrice.

Al di fuori della legittima difesa, pertanto, la pena capitale non avrebbe trovato alcuna giustificazione e sarebbe stata illegittima. Sotto tale profilo il pensiero dei direttori del *Giornale* risultava pienamente coincidente.

Carrara osservava in proposito che la pena di morte era "legittima secondo la legge di natura quando è necessaria alla conservazione di altri esseri innocenti; che è quanto dire ammettiamo la sua legittimità per la necessità della difesa diretta, la quale dovendo riconoscersi nello individuo non può senza contraddizione non riconoscersi nella autorità. Ciò che noi recisamente neghiamo si è la falsa dottrina della difesa indiretta: neghiamo cioè che una pena qualsiasi si legittimi per il fine di metter paura ad altri; neghiamo cioè il principio della intimidazione, assunta da troppi come ragione giustificatrice della pena".

In particolare, dalla citazione riportata emerge una contestazione avverso la pretesa funzione intimidatoria della pena di morte, per due

[6] In proposito si veda I. Mereu, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Milano 2007.

[7] F. Carrara, *Una lezione dettata nella regia Università di Pisa*, in «Giornale per l'abolizione della pena di morte», I (1861), n. 1, pp. 13 ss. e *Una lezione dettata nella regia Università di Pisa (continuazione e fine)*, in «Giornale per l'abolizione della pena di morte», I (1861), n. 2, pp. 80 ss. A tal proposito si segnala che i passi citati nel presente paragrafo, ove non diversamente segnalato, devono intendersi riferiti ai citati articoli di cui al *Giornale*.

ordini di ragioni: in primo luogo l'autore affermava che la legge di natura non avrebbe potuto tollerare che l'uomo utilizzasse il corpo di un altro uomo quale strumento volto alla realizzazione di fini diversi dalla tutela della vita umana. In secondo luogo, la legittimazione dell'intento intimidatorio e preventivo avrebbe causato l'applicazione della pena capitale anche in danno di persone innocenti, in virtù della tutela di un interesse pubblico alla sicurezza astrattamente meritevole di maggior tutela rispetto alla vita del singolo individuo[8].

Alla luce di quanto affermato, Carrara dimostrava l'illegittimità della pena di morte negando che lo scopo della pena fosse, anche solo indirettamente, l'intimidazione: la previsione legislativa della morte come pena non poteva considerarsi lecita, proprio perché, in ultima analisi, non era lecita l'intimidazione quale scopo della pena.

Allo stesso modo, Carrara negava validità ai sistemi punitivi che si basavano sul concetto di "utilità". Tali dottrine, ad avviso del giurista, finivano con il legalizzare la vendetta: tali sistemi giustificavano l'applicazione del male (la pena di morte) in risposta al male (il reato). In particolare, l'errore era rappresentato dal far discendere il diritto di punire dalla "utilità". Ebbene, tale presupposto era ritenuto del tutto fuorviante, poiché non poteva dimostrarsi la sussistenza di un rapporto tra un diritto e la sua asserita "utilità". Un diritto, al contrario, troverebbe una valida relazione solo con il correlativo dovere. In ultima analisi, quindi, l'utilità di un soggetto (o di un'entità) non può essere posta a fondamento della legittimità della pena né giustifica, di per sé, una sanzione. Ad avviso di Carrara, prima di interrogarsi circa l'utilità della pena di morte, si sarebbe dovuto preliminarmente approfondire se la stessa fosse (o meno) giusta.

Ancora, non poteva riconoscersi validità nemmeno alle teorie di coloro i quali riconoscevano il fondamento del diritto di punire nella politica. Quest'ultima è per sua natura empirica e mutabile, mentre i diritti dell'umanità, tra cui il diritto alla vita, sono caratterizzati per essere assoluti. La legge di natura, si è visto, è legge di conservazione e pertanto essa è volta a garantire la continuità del genere umano. Sarebbe quindi contrario a tale scopo conservativo permettere l'uccisione di un uomo. Argomentando diversamente, si sarebbe incorsi nel legittimare una sproporzione dei mezzi utilizzati rispetto al fine perseguito. A tal proposito, Carrara intendeva precisare che esistevano pene che ben si conciliavano con la conservazione

[8] G. De Francesco, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), pp. 611 ss.

dell'uomo, tra le quali la privazione della libertà personale[9].

A sostegno delle posizioni ora esposte, Carrara analizzava altresì la questione della disponibilità dei diritti; egli sottolineava la «radicale distinzione dei diversi diritti originari, di cui l'uomo è fornito dalla legge primitiva, nel rapporto della loro alienabilità. L'inalienabilità del diritto alla vita è nell'uomo assoluta; perché la cessazione di quella distruggendo affatto l'umana personalità, la volontà relativa manca di ogni efficacia giuridica. [...] non può mai venir fatto di dire, che il colpevole col fare quell'atto ch'ei sapeva punito di morte, ha consentito a spogliarsi del diritto alla vita, la quale perciò a lui legittimamente si toglie».

Viceversa, per gli altri tipi di pena non sarebbe stato corretto pervenire alle medesime conclusioni di inalienabilità dei relativi diritti: sebbene il diritto al libero esercizio delle forze fisiche o il diritto all'appropriazione delle cose materiali fossero entrambi originari e inalienabili, essi, se considerati in relazione alle concrete modalità con cui venivano esercitati, potevano essere alienabili e/o alienati. Per tale motivo, «le punizioni che si limitano a togliere al colpevole una parte della sua libertà anche per tutta la vita, o una parte degli averi suoi, bisogna riconoscerle senza dubbio legittime [...] perché quando la punizione non distrugge affatto l'umana personalità, ma spoglia sol tanto di quei diritti, che l'uomo potrebbe per convenzione espressa alienare, è spontanea la conseguenza, che il tacito operi quanto l'espresso, e che il malvagio che con delinquere viola una legge che lo priva della libertà di esercitare una data serie di atti, o di una parte del suo patrimonio, possa dirsi avere tacitamente consentito a codesto spoglio, e non potersi lagnare, che sia con ciò violata la legge giuridica a suo riguardo [...] ma non vi è necessità di punire di morte; non vi è utilità nell'uccidere la creatura di Dio».

In riferimento alle parole ora riportate, occorre rimarcare l'affermazione di Carrara inerente la negazione dell'utilità di «uccidere la creatura di Dio» in quanto l'autore sembrerebbe essersi posto sullo stesso piano argomentativo dei suoi avversari; l'espressione "creatura di Dio" stava ad indicare che l'uomo non poteva mai essere ucciso, neanche se colpevole di un grave delitto, proprio perché creatura di Dio; egli poneva attenzione sulla differenza di natura fra il diritto alla vita e gli altri diritti dell'uomo, il primo inalienabile e gli altri parzialmente alienabili: il diritto alla vita veniva considerato totalmente inalienabile e indisponibile, perché dono di Dio, e pertanto presupposto di tutti gli altri diritti. La posizione di Carrara al riguardo risultava quindi vicina a quella di Beccaria, il quale affermava che

[9] V. Finzi, *Francesco Carrara e la campagna per l'abolizione della pena di morte*, in AA.VV., *Per le onoranze a Francesco Carrara*. *Studi Giuridici*, Torino 1900, pp. 535 ss.

il dibattito sulla pena capitale doveva basarsi sul principio religioso della creazione, che riservava unicamente alla divinità il diritto di decretare la morte dell'uomo, negandolo alla società ed agli altri uomini[10].

Circa la pretesa inalienabilità del diritto alla vita, è opportuno segnalare come Carrara intese confutare un'argomentazione spesso usata contro la tesi abolizionista, ed in particolare da Filangieri, nei confronti di Beccaria. Mi riferisco all'obiezione inerente alla constatazione che, assumendo la legge di natura a fondamento del diritto di punire, tutti i diritti "innati" sarebbero inalienabili. Conseguentemente, perderebbe di efficacia la distinzione tra pena di morte e pene afflittive, in quanto entrambe le tipologie di pena avrebbero privato l'individuo di diritti tutti inalienabili. Sotto tale profilo le argomentazioni di Carrara risultavano particolarmente efficaci: egli evidenziava che i diritti dell'uomo sarebbero inalienabili finché la loro privazione non avesse determinato il venir meno della personalità umana. Conseguentemente, tali diritti non potevano essere alienati in modo assoluto e definitivo. Diversamente, essi potevano essere però ceduti in misura parziale; ciò giustificava, da un lato, la possibilità di condannare l'individuo al carcere ma, allo stesso tempo, impediva di privare lo stesso individuo della vita. Ecco, quindi, un ulteriore argomento per cui, ad avviso di Carrara, la legge naturale non consentiva di ritenere lecita la pena capitale. Per quanto atteneva le pene afflittive, Carrara segnalava che l'applicazione delle stesse non avrebbe fatto cessare la qualifica di "persona umana" del condannato. Le pene afflittive avrebbero ristretto (ma non privato totalmente) l'individuo della propria libertà e impedito il compimento di determinati atti. Ma tale condannato avrebbe mantenuto, seppur formalmente, la propria libertà. Ad avviso di Carrara, non si sarebbe potuto negare che un condannato a pene afflittive avrebbe comunque mantenuto la propria libertà di coscienza e di moto (seppur all'interno di uno spazio determinato, quale la cella). In altri termini, il condannato sarebbe comunque rimasto un "uomo", a tal punto che egli, una volta scontata la pena, avrebbe comunque potuto tornare a delinquere.

Da questa prima analisi emergono una riflessione circa l'approccio metodologioco di Carrara sulla battaglia abolizionista: egli trattava la problematica a livello esclusivamente accademico, svolgendo un'analisi di principi etici e filosofici. Solo una minima rilevanza veniva attribuita all'aspetto pratico e applicativo della pena capitale. Carrara sottraeva il problema della pena di morte dall'ambito della utilità e lo riconduceva a principi assoluti inerenti alla legittimità della pena alla luce della legge di

[10] F. Carrara, *La pena di morte e il suicidio*, Pisa 1877, pp. 12 ss.

conservazione.

Poste tali premesse metodologiche, è ora opportuno analizzare le diverse argomentazioni che, nello specifico, Carrara sviluppò nel corso della battaglia abolizionista.

A tal proposito, occorre prendere le mosse dai *Frammenti sulla pena di morte*, suddivisi in varie sezioni e pubblicati sia nel V volume degli *Opuscoli* che, seppur parzialmente, all'interno del *Giornale*. Nella prima sezione, dal titolo *Mezzo secolo di pensieri sulla pena di morte*, egli ricollegava ancora una volta le tesi contro la pena capitale alla sua generale dottrina della pena: "Lo Stato preesistente alla legge, lo Stato creatore della legge, sono bestemmie della tirannide: ma è vanità al tempo stesso chiedere allo Stato ragione del diritto di punire i violatori della legge, quando esso è voluto ed imposto dalla legge suprema dell'ordine al solo ed unico fine che punisca i violatori della legge. Considerata la pena come la necessaria sanzione della legge morale giuridica essa era in se stessa che giustificata [...]; da questo stesso suo fondamento ne derivava per necessità logica la sua circoscrizione. Peccava dunque del vizio d'intima contradizione lo ammettere che la difesa della umana personalità si spingesse fino al punto di distruggere la umana personalità, tranne il caso nel quale la coesistenza delle rispettive personalità fosse renduta impossibile per una necessità attuale e presente non evitabile in altro modo".

Inoltre, Carrara, sulla base della sua esperienza di avvocato (raramente posta a base di riflessioni pratiche e applicative della sanzione capitale), confermava la inefficacia della pena di morte: "Frequentissimo io vidi l'esempio di Toscani che venivano a commettere delitti nel territorio Lucchese ove questi erano puniti di morte, anziché consumarli in Toscana dove avrebbero incontrato pena più mite: e mi persuasi che il colpevole non calcola sulla pena mite, ma sulla impunità".

Di particolare interesse è poi la frase: "L'utilità può essere il fine del precetto: ma non giustifica la sanzione". Qui Carrara distingueva, all'interno della legge penale, fra i due elementi del precetto e della sanzione. Tale distinzione permetteva di attribuire lo scopo dell'utilità solo al "precetto" (inteso quale contenuto normativo ed astratto della legge) e di escludere un simile scopo dalla sanzione penale (intesa quale applicazione della pena), la quale doveva rispondere a puri criteri di giustizia; sembrerebbe potersi affermare che Carrara si rendeva conto di dover riconoscere la funzione della prevenzione generale a livello legislativo[11] ma non anche a livello di

[11] A. Santoro, *Francesco Carrara e l'odierna scienza del diritto criminale*, in "La scuola positiva", XVI (1936), pp. 219 ss.

applicazione pratica; diversamente, l'autore rifiutava il riconoscimento di ogni scopo di utilità alla pena in sé considerata. La pena, pur trovando la propria fonte in un precetto normativo, doveva trovare giustificazione esclusivamente nei principi di giustizia, di proporzione e di uguaglianza. Carrara ribadiva l'inefficacia della pena capitale, affermando: "Non si è voluto comprendere che ogni esecuzione capitale è una prova matematica che per colui fu inutile la minaccia del patibolo". In tale contesto l'autore, per la verità, usava un'argomentazione che, di per sé, ben poteva essere rivolta contro l'efficacia intimidatrice della minaccia di qualsiasi tipo di pena; inoltre, è opportuno segnalare che lo stesso Carrara, in una diversa occasione, aveva propugnato la tesi opposta: "Spesso udiamo certuni o per ferocia d'animo, o per indiscreta meticolosità, lagnarsi dell'inutilità delle pene, ogni volta che vedono malgrado la minaccia di queste consumarsi un delitto. Ma costoro guardano quell'uno che malgrado la minaccia della pena ha offeso il diritto e scordano affatto gli altri mille che non hanno mai per modo alcuno violato la legge".

In una lettera a Pasquale Stanislao Mancini[12], ribadiva ancora il principio per cui "un congresso di dotti ha nelle supreme ragioni del diritto quanto basta per proclamare non la sola inutilità, ma anche la ingiustizia della pena di morte".

L'ultima sezione sottolineava la preferibilità del carcere perpetuo, stante il suo carattere certo di pena e la sua maggiore forza di intimidazione, rispetto alla morte: "Condannando un uomo alla reclusione, noi siamo certi d'infliggergli una pena, di condannarlo a soffrire. La morte è dessa una pena? L'uomo non è capace di sciogliere questo grande problema: e pure si ostina a congiungere la parola morte con la parola pena, ignaro tuttavia se Dio abbia congiunto quelle due parole, o se ne abbia fatto un'antitesi! L'unico obiettivo logico che può farsi entro cotesti pensieri è quello che vi gettano in faccia gli umanitarii. Essi vi dicono che noi non siamo umanitarii, ma più crudeli di coloro che vagheggiano con amore l'opera del carnefice, perché non risparmiamo la vita del colpevole per pietà verso di lui, ma per farlo soffrire. E noi che ci facciamo pregio di essere parimenti logici, accettiamo l'obietto. Noi avversiamo la pena di morte per amore della umanità, non per amore del delinquente. Noi avversiamo la pena di morte, perché la sua irreparabilità ci fa tremare per la condanna di un innocente. Noi avversiamo la pena di morte, perché codesto dubbio dello errore ci mostra per una necessaria reazione più

[12] F. Carrara, *Frammenti sulla pena di morte. Mezzo secolo di pensieri sulla pena di morte*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, III, cit., *Lettera al commendatore prof. avv. P.S. Mancini*, p. 84.

frequente la impunità, e meno tutelato il diritto. Noi avversiamo la pena di morte, perché ci pare di sentirci meno tranquilli e meno sicuri in faccia alla medesima. Ci sentiamo meno tranquilli, perché pensiamo che le aberrazioni umane possono fatalmente condurre la giustizia a colpirci innocenti; ci sentiamo meno sicuri, perché siamo certi che la reclusione perpetua è temuta da tutti, e siamo certi per la giornaliera esperienza dataci dai suicidi, dai duelli e dagli stessi facinorosi, che molti e molti non temono la morte".

Se molte delle argomentazioni qui presentate contro la pena di morte sono pienamente accettabili e convincenti (si pensi, in particolare, al cenno sulla irreparabilità dell'errore giudiziario), tuttavia il ragionamento di fondo, circa il rapporto fra pena capitale e carcere perpetuo, contiene delle ambiguità e solleva perplessità. In una certa misura, tale ragionamento ricorda un'argomentazione contro la pena di morte, di natura utilitaristica, svolta da Beccaria[13]. Questi scriveva: "Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servigio, ricompensa con le sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti". Beccaria, inoltre, ammetteva anche che la reclusione perpetua potesse essere più crudele della morte, affermando: "Chi dicesse che la schiavitù perpetua è dolorosa quanto la morte, e perciò egualmente crudele, io risponderò, che sommando tutti i momenti infelici della schiavitù, lo sarà forse anche di più: ma questi sono stesi sopra tutta la vita, e quella esercita tutta la sua forza in un momento: ed è questo il vantaggio della pena di schiavitù, che spaventa più chi la vede, che chi la soffre" [14].

Certamente, la frase sul condannato divenuto "bestia di servigio" è in contraddizione con il principio affermato da Beccaria: "Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di esser persona, e diventi cosa"[15]. Anche l'osservazione contenuta nell'ultimo brano citato sembrerebbe in contrasto con l'intera ispirazione umanitaria e in particolare la frase: "uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma la infallibilità di esse" sembrerebbe rinnegare il principio di umanità nel diritto penale.

La preoccupazione di Carrara di analizzare e sviluppare tutti i possibili argomenti contro la pena di morte lo portava a non considerare il carattere

[13] N. Gallo, *Francesco Carrara e la scuola positiva*, in «La Nuova Antologia», fasc. 668 (1894), pp. 577 ss.
[14] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1823, p. 146.
[15] Ivi, p. 206.

di crudeltà della reclusione perpetua; ma, diversamente, a sostenere la necessità di quest'ultima pena. Del resto, anche a conclusione del ragionamento svolto nello scritto qui esaminato, egli affermava, rivolto ai sostenitori della funzione dell'emenda della pena: "a quelli poi che ci fanno rimprovero di volere sottoporre l'uomo a dei patimenti, francamente rispondiamo che cancellino dai Codici la parola pena".

Da ultimo, appare rilevante segnalare una citazione tratta dallo scritto *Penalità dell'Omicidio*, contenuto anch'esso nel *Giornale*[16] in cui Carrara, apparentemente ponendosi sul terreno dei suoi avversari, i quali facevano appello alla tradizione e all'esperienza contro i principi assoluti, in realtà contestava efficacemente tale assunto; è una citazione particolarmente significativa: "Ma intanto cosa dimostra la storia, quella storia che vuolsi porre innanzi come patrona irrecusabile del palco ferale? Essa c'insegna, che la pena di morte ha servito per uccidere Socrate e Gesù Cristo; vale a dire l'uomo integerrimo, e il figlio di Dio incarnatosi per dettare alle genti la legge d'amore; come ha servito a sottoporre ad ingiusto martirio migliaia di uomini senza delitto. È dunque un paradosso affermare, che la storia dimostra la giustizia della pena capitale, per la ragione che essa ha servito ad uccidere i giusti".

In conclusione, è possibile compiere alcune osservazioni specifiche sul ruolo che Carrara riconosceva al giusnaturalismo. In primo luogo, egli rifiutava la teoria del contratto sociale. Per meglio chiarire tale aspetto, è utile segnalare che in epoca successiva Ugo Spirito[17] efficacemente differenziava, proprio all'interno della scuola classica di diritto penale, una linea giusnaturalistica e una linea contrattualistica, tra loro contrapposte, in cui il contratto sociale è inteso quale momento discriminante tra stato di natura e stato di società. Carrara, diversamente, considerava lo stato di natura come un dato empirico e il patto sociale come un fatto storico. Tale considerazione trovava conferma nelle affermazioni in cui l'autore dichiarava essere falso il fatto che gli uomini fossero vissuti un certo tempo "sciolti da ogni vincolo di associazione", e dove diceva essere "lo stato di associazione [...] l'unico stato primitivo dell'uomo". Egli indicava naturalmente in Beccaria il fautore della scuola razionalista del diritto penale, riconoscendogli il merito di aver efficacemente affermato che il

[16] F. Carrara, *Penalità dell'omicidio*, in «Giornale per l'abolizione della pena di morte», III (1864), n. 4, pp. 5 ss.

[17] U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, III ed., Firenze 1974, pp. 37 ss. Per contestualizzare quest'opera si veda M. Fioravanti, Spirito Ugo, in E. Cortese, I. Birocchi, A. Mattone, M. N. Miletti (curr.), *Dizionario Biografico dei giuristi italiani*, Bologna 2013, II, pp. 1907-1908.

diritto di punire trovava la sua unica giustificazione nella necessità di difendere i diritti umani e non anche nella necessità di conservare il potere di governo dei sovrani[18].

In secondo luogo, in tale prospettiva la "proibizione" contenuta nel precetto penale doveva essere soltanto quella che costituiva una effettiva lesione di un diritto altrui; sarebbe stato difatti del tutto illegittimo un precetto penale che avesse trovato fondamento nell'esigenza di tutelare la posizione del ceto governante.

In tal senso, l'adesione al giusnaturalismo consentiva anche di sviluppare il principio della certezza del diritto e della legalità; in altri termini, la legge penale, prima ancora di disciplinare la parte sanzionatoria, avrebbe dovuto indicare in modo altrettanto preciso le fattispecie qualificate come reato e sottoponibili a pena. L'unità dei due elementi (determinazione della fattispecie punibile e della sanzione penale susseguente), ovvero il chiaro rifiuto della concezione del carattere meramente sanzionatorio del diritto penale, era necessaria per garantire il rispetto dei principi cardine del diritto penale di *nulla poena sine lege* e *nullum crimen sine lege*.

In conclusione, è evidente che l'argomento privilegiato dagli abolizionisti risiedeva in una assoluta ed incondizionata tutela della vita umana. Tale circostanza, però, sul piano politico diede luogo a notevoli contraddizioni che impedirono una immediata abrogazione del supplizio capitale. Basti pensare, con particolare riferimento alla situazione del brigantaggio, alla legislazione d'emergenza che vedeva il supplizio capitale quale strumento di necessaria applicazione avverso il fenomeno del brigantaggio. Ciò, sul piano dottrinale, evidenziò una notevole incoerenza del sistema penale civile con il sistema penale militare.

Successivamente alla pubblicazione del *Giornale* ebbe luogo un processo di rinnovamento del "giornalismo giuridico" volto ad una crescente attenzione all'aspetto pratico e applicativo della norma giuridica rivolto ad una platea sempre più ampia di destinatari, in cui si inserisce anche la Biblioteca Abolizionista. Ma vi è di più: a partire dagli anni Settanta dell'Ottocento in poi, la scienza giuridica dovette gestire il confronto con le "nuove scienze" antropologiche. La massima espressione di tale discontinuità rispetto al *Giornale* si ebbe con riferimento alla disputa tenutasi attraverso le pagine della *Rivista Penale* di Luigi Lucchini e de *La Scuola Positiva* di Enrico Ferri, in cui lo scontro tra i sostenitori della "scuola classica" (o "italiana", secondo la definizione carrariana) e

[18] A. Baratta, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XLIX (1972), pp. 34 ss.

quelli della "scuola positiva" raggiunse l'apice[19]. L'elemento cardine di tale disputa risiedeva, in ultima analisi, nel ruolo da riconoscersi alle nuove scienze fisiche, morali e sociali rispetto alla scienza giuridica. Lo stesso Lucchini ospitava nella "sua"[20] *Rivista Penale* interventi sull'antropologia (con particolare riferimento a Cesare Lombroso), sulla psichiatria e sulla medicina legale, dimostrando di voler introdurre un più vivo rapporto, per quanto gerarchico, tra diritto e società[21]. In nessun caso, però, le scienze morali e sociali avrebbero potuto, a suo avviso, limitare le prerogative del legislatore e della magistratura perché, così facendo, si sarebbero violati i postulati del sistema penale liberale, ponendone a fondamento la pericolosità e non l'imputabilità. In altri termini, la "scuola classica" fondava la responsabilità penale sul reato, trascurandone le cause sociali, mentre i sostenitori del positivismo prendevano le mosse dall'analisi del reo (piuttosto che del reato), riconoscendo piena centralità alla scienza antropologica. Ferri, fondatore della "scuola positiva", si rese, al contrario, portatore di una visione integrata della scienza giuridica, considerata inseparabile dal fenomeno sociale sottostante[22]; egli, seppur cosciente che l'applicazione del metodo positivo, portato alle estreme conseguenze, avrebbe determinato una ingiustificata prevalenza della scienza medica sulla scienza giuridica, ebbe il merito di spostare il dibattito tecnico-giuridico sul piano delle problematiche coeve della società italiana, quali l'unificazione legislativa, l'abolizione della pena capitale, l'ordine pubblico e le esigenze della modernizzazione. Tali teorie positiviste ebbero successo e furono dibattute, anche con toni vivaci e polemici, all'interno di numerosi periodici: si pensi, ad esempio, alla *Rivista di Sociologia*, l'*Antologia Giuridica* e il *Circolo Giuridico*[23].

[19] Sul tema si faccia riferimento al numero monografico *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, dei «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 16 (1987) ed al volume di L. Lacchè-M. Stronati (curr.), *Una Tribuna per le scienze criminali. La Cultura delle riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata 2012.

[20] Sbriccoli ha efficacemente evidenziato come, nel caso della *Rivista Penale*, la figura di Lucchini si sovrapponesse all'immagine della rivista stessa. M. Sbriccoli, *Il Diritto penale liberale. La "Rivista Penale" di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XVI (1987), pp. 105-183; p. 117.

[21] In riferimento alla cultura positivista in Italia si vedano, tra gli altri, E. Garin, *Tra due secoli. Socialismo e filosofia in Italia dopo l'Unità*, Bari 1962; E.R. Papa, *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano 1985; P. Costa, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra otto e novecento*, Milano 1986.

[22] E. Ferri, *Le ragioni storiche della scuola positiva di diritto e di procedura penale*, in «Rivista di filosofia scientifica», 1883, pp. 27-84.

[23] Si veda in proposito G. Speciale, *Il diritto e le nuove scienze tra feconde intersezioni*

Almeno in un primo momento, la disputa vide la vittoria della "scuola classica", le cui teorie vennero recepite nel Codice Zanardelli.

Il confronto, tuttavia, era destinato a continuare e trovava la sua più ampia espressione sul campo della giurisprudenza e in riferimento alla questione della riforma carceraria. I positivisti tentarono infatti di "orientare" l'applicazione pratica delle normative penali analizzando e divulgando, in chiave interpretativa, le relative decisioni. Anche in tale ambito, appare determinante il ruolo delle riviste, che puntualmente documentavano l'evolversi delle decisioni giudiziarie. Il dibattito diede quindi luogo ad un'efficace sintesi delle posizioni delle due scuole: Emanuele Carnevale[24] proponeva di fondare una "terza scuola", muovendo dal presupposto che il metodo positivista era oramai divenuto patrimonio dell'intera comunità scientifica e nessuna "scuola" o "fazione" avrebbe potuto rivendicarne l'esclusiva paternità. I presupposti di tale corrente, denominata "positivismo critico" da Bernardino Alimena[25], andavano ricercati nell'autonoma dignità scientifica da riconoscersi al diritto penale, nel principio di causalità dell'azione delittuosa e, infine, nella necessità di adottare riforme sociali volte alla prevezione del crimine. Carnevale riteneva imprescindibili i canoni "classici" del diritto penale, tra cui la volontarietà dell'azione, ma fondava tale responsabilità non più sul "libero arbitrio" bensì sui parametri di "normalità" e "sanità mentale". Diversamente, laddove l'individuo presentasse caratteristiche di pericolosità sociale, occorreva far ricorso ai postulati positivisti ed individuare idonee risposte sanzionatorie diverse dalla pena retributiva. Nasceva quindi l'idea di un "doppio binario" in cui la pena doveva applicarsi in conseguenza dell'accertamento di una responsabilità individuale e la misura di sicurezza in caso di pericolosità sociale dell'individuo non pienamente consapevole del proprio agire. Con il passare degli anni, quindi, le contrapposizioni andarono progressivamente sfumando dando vita a scontri fra "tendenze" e "prevalenze" in luogo di dispute tra rigidi formalismi di appartenenza ad una scuola.

Alla luce dei brevi cenni della disputa tra "scuola classica" e "scuola positiva" emenrge il diverso approccio metodologico delle riviste successive al *Giornale* che mette in evidenza quanto il confronto, anche aperto a discipline diverse dal diritto, potesse essere proficuo al fine di ottenere

e inconcludenti commistioni («Rivista di sociologia», «Antologia giuridica», «Il Circolo giuridico»), in *Una Tribuna per le scienze criminali*, cit., pp. 119-166.

[24] E. Carnevale, *Una Terza scuola di diritto penale in Italia*, in «Rivista di discipline carcerarie», XXI (1891), pp. 348 ss.

[25] B. Alimena*, Naturalismo critico e diritto penale*, in «Rivista di discipline carcerarie», XXI (1891), pp. 614 ss.

le riforme legislative di cui il Regno d'Italia necessitava. Emerge, in tale contesto, il fondamentale ruolo svolto delle riviste nel dibattito penalistico del tardo Ottocento, intese non singolarmente ma come fenomeno di continua interazione. Non può non rilevarsi, in proposito, che il carattere di autoreferenzialità del *Giornale*, poco propenso ad ospitare interventi dei sostenitori della pena capitale, ne limitasse non poco la funzione divulgativa e di confronto. Tenuto conto di quanto affermato, e del fatto che Ellero e Carrara, alla nascita del *Giornale*, si erano dichiarati convinti che tre anni di vita sarebbero stati sufficienti per l'ottenimento dell'abolizione della pena capitale, si deve rilevare che, contrariamente agli auspici, lo scopo proclamato del *Giornale* non si raggiunse e così, nel 1864, Ellero ne annunciò l'epilogo con i toni degni di una cocente sconfitta[26]. Le ragioni di tale "presunto" fallimento, almeno negli anni di pubblicazione del *Giornale*, non possono certamente essere ridotte (e limitate) alla inoperosità del processo parlamentare.

Ad avviso di chi scrive, il motivo principale che determinò l'insuccesso della campagna abolizionista nel breve periodo deve ricercarsi nell'impostazione che ebbero la maggior parte degli interventi pubblicati nel *Giornale*. Fatta eccezione per gli interventi di Mittermaier, la rivista impostava la battaglia per l'abolizione della pena di morte alla stregua di un problema filosofico, etico e umanitario prima che giuridico. Tale approccio evidentemente contrastava con le necessità peculiari di unificazione legislativa del neonato Regno d'Italia: la tematica dell'unificazione implicava necessariamente l'analisi (e la soluzione) di problematiche di gestione del territorio e di ordine pubblico. Si pensi, a titolo di esempio, ad alcune problematiche strettamente connesse e complementari alla pena capitale, quali la riforma delle carceri, il brigantaggio e le pressanti preoccupazioni per la sicurezza pubblica che non venivano affatto analizzate nel *Giornale* a vantaggio di indagini filosofiche sul diritto di punire e sull'intangibilità della vita umana. Le ragioni del fallimento del *Giornale* (che, giova ribadire, si ebbe nel breve periodo) vanno quindi ricercate, in primo luogo, in tale approccio di carattere astratto. Appare quindi condivisibile la critica mossa da Mittermaier ad Ellero circa la necessità di trattare in maniera più concreta la campagna abolizionista.

In altri termini, Ellero e Carrara portavano avanti una battaglia di principi che non si traduceva in un proficuo confronto nei problemi concreti della nuova Italia unita. Appare singolare che il *Giornale* non

[26] P. Ellero, *Epilogo del giornale per l'abolizione della pena di morte*, in «Giornale per l'abolizione della pena di morte», III (1864), n. 4, pp. 464 ss.

ospitasse alcun intervento di Mancini che pure si era energicamente battuto in parlamento in chiave abolizionista. Tale circostanza dimostra l'incapacità dei collaboratori del *Giornale* di diffondere le proprie idee nelle sedi opportune a deliberare il cambiamento legislativo.

L'astrattezza del taglio delle lezioni dei docenti e dei contributi dottrinali denotavano, inoltre, una cultura giuridica che riteneva di poter assolvere alla funzione educativa e propagandistica attraverso la trasmissione dei sommi principi di giustizia senza calarsi nell'attualità. In tal modo, il principio della difesa della vita era considerato superiore ed inattaccabile a livello politico, quasi che la trattazione della problematica a livello normativo denotasse una svalutazione della stessa. Portare la tesi abolizionista sul piano dell'analisi della quotidianità e delle reali condizioni del Paese avrebbe condotto ad una critica dell'azione di governo (che sotto tale profilo ben poteva essere accusato, usando un termine contemporaneo, di "immobilismo"), nella quale i collaboratori del *Giornale* non volevano, evidentemente, impegnarsi[27] forse anche perché taluni di essi ricoprivano in prima persona incarichi politici.

Ma vi è di più: ad un attento lettore del *Giornale* non può sfuggire come i direttori ospitassero all'interno della rivista tutti coloro che contestavano il patibolo, dai giuristi ai filosofi, dai magistrati ai politici. Ciò, evidentemente, con l'intento di diffondere la rivista nei più diversi ambienti. Il risultato pratico, in verità, fu assai diverso: il lettore si trova spesso di fronte ad una "anarchia" narrativa ed argomentativa che non consente una comprensione organica e metodologica dell'argomento e rende la lettura assai difficile.

Ciò premesso circa l'approccio metodologico, non possono però negarsi alcuni pregi del periodico. Mi riferisco, in primo luogo, al ruolo di impulso e di confronto tra la dottrina che venne portato avanti attraverso il *Giornale*.

Deve riconoscersi al *Giornale* il fondamentale merito di aver posto solide basi ed argomenti a sostegno della necessità di abolire la pena capitale. Non è un caso che quando la classe politica ritenne finalmente maturi i tempi per addivenire all'abolizione, gli argomenti precedentemente sviluppati nel *Giornale* vennero posti a base della discussione del progetto di Codice Zanardelli.

Alla luce di quanto sopra e ferme restando le osservazioni critiche esposte, si rende opportuna una differenziazione: in particolare, appare

[27] In tal senso si veda E. D'Amico, *Educazione giuridica e battaglia abolizionista*, cit., pp. 603 ss.

doveroso distinguere l'obiettivo primario ed immediato di un'iniziativa editoriale quale il *Giornale* (la divulgazione del pensiero abolizionista) rispetto alla più ampia questione della problematica dell'unificazione legislativa (che risultava subordinata alla soluzione della questione della pena capitale)[28].

Per quanto attiene il primo profilo, non può negarsi che il *Giornale* (pur in assenza di una immediata svolta abolizionista) abbia avuto una notevole portata innovativa: prima del 1861 non si rinviene alcuna iniziativa editoriale di così ampio respiro e volta alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica sulla questione abolizionista.

Per quanto attiene il secondo profilo, il fallimento registratosi a livello legislativo non può certo essere imputabile alla campagna del *Giornale*. Sebbene Ellero e Carrara, in qualità di direttori della rivista, avessero indicato come precipuo scopo della stessa il raggiungimento di una riforma legislativa quanto più rapida possibile in senso abolizionista, certamente il mezzo attraverso cui ottenerla non poteva essere individuato esclusivamente in una iniziativa editoriale. In tal senso, potrebbe muoversi ai direttori altro tipo di osservazione: essi, oltre ad essere fini giuristi, ricoprirono incarichi di natura politica e ben avrebbero potuto, in virtù di tali ruoli, adottare una più efficace battaglia nelle aule parlamentari e/o nelle apposite commissioni legislative nominate al fine di attuare una riforma penale. Il *Giornale* ben avrebbe potuto essere uno strumento di raccordo tra attività politica ed attività accademica.

Ad ogni modo, la mancanza di una maggioranza politica funzionale all'approvazione di un provvedimento di abolizione della pena capitale non può certo imputarsi al *Giornal*e. Argomentando diversamente, si riconoscerebbe alla stampa il potere/dovere di indirizzare l'attività politica e legislativa di uno Stato, cadendo in evidente contraddizione.

Molto più semplicemente, sembrerebbe doversi affermare che il mancato raggiungimento di un'unità politica in campo penale sia dovuta alla mancanza (dal 1861 e fino all'approvazione del Codice Zanardelli) di una coesione politica in tal senso.

Tuttavia, nonostante il richiamato approccio filosofico del *Giornale*, quest'ultimo contribuì in forma sostanziale a destare attenzione sulla necessità di abolire l'estremo supplizio, preparando l'"humus" sulle cui basi Zanardelli avrebbe a distanza di anni ottenuto un provvedimento di abolizione.

[28] P. Ellero, *Programma*, in «Giornale per l'abolizione della pena di morte», I (1861), n. 1, p. 5.

È innegabile che le tesi abolizioniste, prima dell'avvento del *Giornale*, fossero patrimonio di una ristretta cerchia di persone; col passare del tempo e soprattutto ad opera della richiamata propaganda abolizionista, tali posizioni finirono col diffondersi in misura sempre maggiore, sino ad essere largamente condivise. Addirittura, alcuni autori, precedentemente sostenitori della necessità della pena capitale, si convertirono alla campagna di abolizione.

A riprova di quanto appena affermato, è sufficiente richiamarsi al dibattito svoltosi nelle aule parlamentari, il quale verteva sugli stessi argomenti sviluppati anni addietro nel *Giornale*. Pertanto, se certamente l'aleatorietà e l'astrattezza delle argomentazioni presenti nella rivista non consentirono nell'immediato momento storico il risultato sperato, tali medesime caratteristiche consentirono alle argomentazioni abolizioniste del *Giornale* di poter essere facilmente riprese e sviluppate in seguito.

Quando dalle iniziali polemiche a carattere esclusivamente filosofico il dibattito si sviluppò progressivamente dall' "edicola" al "parlamento", le idee propugnate dal *Giornale* dimostrarono tutta la loro forza ed efficacia.

In ultima analisi, ciò dimostra che nonostante la bontà della battaglia del *Giornale* i tempi ancora non erano pienamente maturi per una svolta così epocale; di tale circostanza non poteva certo essere incolpata la direzione di un periodico.

In conclusione, si può affermare che la tutela del diritto alla vita, così spesso enfatizzata nella pagine del *Giornale*, possa oggi ben essere opposta a tutti quegli Stati che, nonostante il progresso delle idee registratosi dall'Ottocento ad oggi, ancora ritengono necessaria l'applicazione della pena capitale in funzione deterrente.

Indice dei nomi

Abbagnano M., 24
Abbagnano N., 24
Acker J. R., 85
Agamben G., 27
Agostino d'Ippona, 33
Alberico da Rosciate, 4
Albuquerque (de) P. P., 65, 66
Alfieri L., 16
Alimena B., 107
Allen H. W., 88
Ambrogio da Milano (Vescovo), 43
Andrés Domínguez A. C., 76
Apollo (divinità), 16, 17, 30, 31
Aquarone A., 55
Ariés Ph., 34
Artwell M. W., 84
Astuti G., 43
Audegan Ph., 3, 7, 26
Austin G., 43
Austin J., 25, 28
Averardi A., 64
Badinter R., 83
Bae S., 91
Bahr A., 36
Bakken G. M., 85
Baratta A., 8, 105
Barbera A., 71
Barberis M., 25
Barry K., 85
Bartoli R., 65
Baumgartner F. R., 88, 91
Bayet A., 33
Bazzocchi D., 33
Beccaria C., 3, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 23, 25, 26, 27, 39, 40, 42, 45, 48, 50, 52, 55, 100, 103, 104, 105
Bedau H.A., 91
Bedeschi G., 24
Bellarmino R., 35
Bellini P., 43
Belloni I., 1, 2, 16, 26
Bentham J., 50
Bernat de Célis J., 29
Bertolino A., 62
Bertolino R., 43
Besecke J. M. G., 39, 40
Besler J. D., 85
Bianchi Riva R., 43
Biondi A., 66
Birocchi I., 104

Black C. L., 88
Block B. P., 81
Block M., 63
Bobbio N., 74
Böhemer J. S. F., 38
Bohm R. M., 85
Bondi A., 56, 59, 67
Bondi R., 52
Bonifaci G., 4
Bonsignori F., 16
Bordeaux M., 44
Bossio B. (Deputato), 68
Brennan (Justice), 87
Breyer S., (Justice), 91
Brunelli G., 65
Buccellati A., 55
Buffarini Guidi G., 4
Bulsinn M. D., 37
Burcardo da Worms, 43
Burger C. J., 88
Burgio A., 26
Cacciapaglia G., 31
Cacitti R., 33
Caino (Vecchio testamento), 42
Canetti E., 11
Canosa R., 55, 56, 57
Cantarella E., 50, 53
Carbasse J. M., 83
Carmignani G., 50, 52
Carnevale E., 107
Carrara F., 1, 5, 6, 28, 49, 50, 52, 55, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 108
Carrington F., 85
Casalini B., 24
Casarosa G., 3
Cassell P. G., 91
Catastini A., 3
Cattaneo A. M., 52
Cavalla F., 27
Cavanna, 51
Cavina M., 2, 33, 34
Cerase M., 48
Chirac J., 83
Christie N., 30
Ciccone L., 45
Clubb J. M., 88
Colao F., 58
Coletta G., 63
Colli G., 16
Condillac (Bonnot de) É., 26
Consorti P. L., 41
Corda A., 47
Corleone F., 65
Corradini D., 16
Cortese E., 104
Corvo V., 38, 40
Costa P., 106

Costa P., 2, 3, 5, 10, 47, 48, 50, 54, 65, 74, 83
Costantino (Imperatore), 33, 42
Cristiani M., 24
Curi U., 23, 27
D'Amico E., 95, 109
Da Passano M., 3, 45, 50, 55, 56, 57, 59
Danusso C., 50, 56, 57, 65
Davidson M., 88
De Boef S. L., 92
De Ceglia P. P., 34
De Cristofaro E., 57
De Francesco G., 52, 53, 65, 98
De Minicis F., 67
De Nobili V. M., 35
De Vito R., 68
Del Vento Ch., 7
Delia L., 7
Derrida J., 12, 27
Despine P., 37
Dezza E., 3
Di Nola A. M., 34
Di Renzo Villata M. G., 95
Dini S., 63
Diurni G., 43
Dobbs G., 77
Dolcini E., 51, 64, 65, 66, 67
Dölemeyer B., 48
Donato M. P., 35
Donini M., 50, 69
Dorn F., 48
Douglas (Justice), 87
Dulles (parte processuale), 86
Dunkel A. R., 37
Düsing B., 75
Edigati D., 16
Edipo, 16
Effer T., 7
Ellero P., 95, 96, 108, 110
Eusebi L., 10, 67, 69
Evans V. R. J., 75
Favoreu L., 93
Feng H., 48
Ferrajoli L., 53
Ferrari da Passano P., 45
Ferri E., 53, 106
Ferrone V., 7
Feurbach von P. J. A., 52
Fiandaca F., 52, 56, 59, 67, 69
Filangieri G., 7, 100
Finzi V., 99
Fioravanti M., 71, 104
Fioretti G., 53
Fletcher G. P., 52, 56, 59, 67, 69
Flick G. M., 50, 67
Foffani L., 63
Forti G., 53

Foucault M., 8, 10, 11, 12
Francesco I (Papa), 46
Francioni G., 7
Frankosky S., 77
Fronza E., 64
Furman (parte processuale) 86, 87, 88, 89, 90, 92
Galliani D., 56, 58, 67, 74
Gallo N., 103
García de Viedma E., 76
Gargani A., 63
Garin E., 106
Garland D., 48, 84, 85
Garnsey P., 7
Garofalo R., 53
Gentile G., 50, 52, 56
Geri M. P. 1, 3, 4, 5, 6, 16, 28, 49, 50, 52, 95,
Gesù di Nazareth (Cristo), 23, 35, 42, 103
Gialluca A., 24
Giovanni il Battezzatore, 42
Giovanni Paolo II (Papa), 46
Glossip (parte processuale), 47, 91
Gneo Arrio Antonino, 33
Goisis L., 48, 53, 62, 63
Goldie M., 24
Gómez-Sánchez Y., 75
Gramaglia P.A., 33
Graziano (giurista), 43
Greco L., 52
Greco T., 2
Gregg (parte processuale), 89
Grolman K., 51
Gross (parte processuale, 47, 91
Gugliardo V., 30
Guidi L., 63
Hammel A., 75
Hardy K. A., 88
Havel V., 77
Hegel G. F. W., 8, 50, 51
Higuera-Guimerá J.-F., 76
Hobbes Th., 23, 42
Hodgkinson P., 77
Hommel K. F., 39
Hostettler J., 81
Hötzel Y., 75
Hulsman L., 29, 30
Ignatieff M., 84
Ippolito D., 26
Jamping L., 48
Jansson A., 36
Kafka F., 17, 18, 21, 22
Kant I., 7, 9, 12, 50, 51
Kaufman S. B., 88
Kelsen H., 23
Kerény K., 16
Klein E. F., 37

Kleinfeld J., 84
Kleinheyer G., 48
Koslofsky C. 36
Kress J. P., 38
Krishnamurty A., 88
Krog T., 36
Labriola G. M., 7
Lacchè, 106
Laignel A., 93
Lambert M., 33
Lanier C.S., 85
Lanza C., 45
Lardizabal (Y Uribe) M., 7
Leyser (von) Au., 38
Lijphart A., 72
Lind V., 36
Listz von F., 56
Locke J., 10, 23, 24, 25, 26, 28
Lombroso C., 37, 53, 106
Lucchini L., 105, 106
Lynn Babcock S., 48, 53, 65
Lynn S., 26
Maceratini R., 43
Magi (parlamentare), 68
Magri T., 24
Malanima C., 3
Mancini P. S., 102, 109
Manna A., 68
Manselli R., 33
Maratea R. J., 88
Marchesi A., 47
Marra G., 52, 56, 59, 67, 69
Marschall (Justice), 87
Martino da Tours, 43
Martschukat J., 36, 75
Mattarella S., 65
Mattone A., 104
Maugeri A., 66
Mazzi G., 62
Mazzi G., 63
Mazzuca J., 42
McGautha (parte processuale), 86
McGowen R., 85
Medick H., 36
Megivern J. J., 43
Meranze M., 85
Mereu I., 42, 63, 74, 97
Micheli R., 82
Milazzo L., 29
Miletti M. N., 2, 104
Mitterand F., 82
Mittermaier K. A. J., 2, 28, 47, 48, 50, 51, 52, 65, 95, 108
Monaco L., 52
Montesquieu, 50
Montorzi M., 4, 16, 50
Morellet A., 12
Moro F., 27

Morrone A., 66
Mourocco Rodríguez G., 76
Mubgung D., 48
Musitelli P., 7
Mussolini B., 46, 55
Musumeci C., 65
Nakell B., 88
Nietzsche F. W., 50
Notaro D., 2, 47, 57, 62
Nunziata M., 62
O'Connor (Justice), 88, 89
Öcalan A., 66
Ogletree C. J., 91
Oschinsky D. M., 89
Otto W., 16
Padovani T., 50, 62
Palazzo F., 60, 67
Palombarini G., 23
Palombi E., 52
Panzavolta A., 15
Paolo V (Papa), 35
Paolo VI (Papa), 46
Papa E. R., 106
Pasquinelli F., 1
Passaglia P., 1, 5, 6, 10, 11, 28, 48, 54, 60, 71, 72
Pasta R., 7
Pavarini M., 29
Peces-Barba Martínez G., 76
Pelissero M., 67
Pelli Bencivenni G., 3, 7
Perry M. J., 85
Pessina E., 55
Petrucci A., 2
Pisani M., 45, 56, 57, 58, 65
Pisapia G., 47
Pittaro P., 62
Plitt J. F., 40
Pocar E., 17
Priscilliano (Vescovo di Aulla eretico), 42
Procchi F., 2
Prosperi A., 36, 52
Pugiotto A., 65, 67, 68
Rabin D., 36
Ricuperati G., 7
Rilke R. M., 31
Riondato S., 63
Ripepe E., 2
Risicato L., 65, 66, 68
Rivello P. P., 63
Rocco Alfredo, 56, 57, 74
Rocco Arturo, 56, 57
Rodotà S., 26, 27
Ronco M., 52
Rosin G., 63
Ross A., 23
Rossi G., 2, 26, 28

Rotta S., 3
Rousseau J. J., 50
Roxin C., 52, 56, 67, 69
Rutherford A., 77
Salvestrini G., 12
Salvini G., 59
Santangelo Cordani A., 55
Santoro A., 101
Sarat A., 75, 91
Sbriccoli M., 52, 53, 54, 55, 56, 59
Schiaffo F., 59
Schiaffo V. P., 56
Schiavone A., 52
Schröder J., 48
Sciascai L., 63
Sciascia L., 42
Seebohm H.-C., 75
Sergio Vescovo di Roma, 43
Shabas W. A., 64
Shaw B. D., 33
Sierck M., 43
Silvermans S., 74
Simons J., 48
Siracusa L., 67
Socrate, 104
Speciale G., 106
Spirito U., 104
Steiker C. S., 84
Stewart (Justice), 87
Stile A. M., 52, 56, 59, 67, 69
Stronati M., 106
Stuart K. 36
Tabet X., 7
Tacito P. C., 63
Tarabano G. F., 63
Tarello G., 3, 50
Tavilla C. E., 2
Tenenti A., 35
Tertulliano Q. S. F., 33
Tessitore G., 56
Thompson (parte processuale), 88, 89
Tira A., 63
Tommaso d'Aquino, 10
Torini A., 2, 95
Trop (parte processuale), 86
Uguccione da Pisa, 43
Veronesi P., 65
Verri G., 2
Vidari G., 51
Viganò F., 59, 62, 65, 69
Vinciguerra S., 50
Vinter (parte processuale), 66
Viola (parte processuale), 66
Viola L., 47
Violante L., 55
Vock, 56
Volk K., 52, 56, 67, 69

Voltaire (Arouet) F.-M., 11, 50, 83
Von Weber H., 37
Vormbaum T., 50
Wagner F. W., 75
Walter B., 11
Watt J. R. 36
Weems (parte processuale), 86
White (Justice), 87
Williams K., 85
Wilson C., 88
Yost B. S., 91
Zanardelli G., 46, 51, 55, 74, 96, 97, 107, 109, 110
Zanuso F., 26, 28
Zapatero L. A., 63
Zarone D., 26
Zimring F., 48
Zolo D., 50
Zuliani D., 50

Volumi pubblicati

Monografie

1. Alessandro Agrì, *La giustizia criminale a Mantova in età asburgica: il Supremo Consiglio di giustizia (1750-1786)*, 2019, 2 tomi, pp. XX–687 [ISBN 978-88-944154-0-7]
2. Claudia Passarella, *Una disarmonica fusione di competenze: magistrati togati e giudici popolari in corte d'assise negli anni del fascismo*, 2020, pp. X-120 [ISBN 978-88-944154-1-4]
3. Federico Roggero, *«Uno strumento molto delicato di difesa nazionale». Legislazione bellica e diritti dei privati nella prima guerra mondiale*, 2020, pp. 303 [ISBN 978-88-944154-3-8]
4. Alessia Maria Di Stefano, *«Non potete impedirla, dovete regolarla». Giustizia ed emigrazione in italia: l'esperienza delle commissioni arbitrali provinciali per l'emigrazione (1901-1913),* 2020, pp. 235 [ISBN 978-88-944154-4-5]
5. Gustavo Adolfo Nobile Mattei, *«Ad meliorem frugem redire». Le meretrici tra emenda e recupero (secc. XVI-XVII)*, 2020, pp. 220 [ISBN 978-88-944154-5-2]
6. Jacopo Torrisi, *Offensività. Itinerari dottrinari e giurisprudenziali ottonovecenteschi*, 2020, pp. 206 [ISBN 978-88-944154-6-9]
7. Edoardo Fregoso, *Neither a Borrower Nor a Lender Be. Il comodato in Inghilterra fra Common Law e Ius Commune*, 2020, pp. 204 [ISBN 978-88-944154-7-6]
8. Alessandro Dani, *Cittadinanze e appartenenze comunitarie. Appunti sui territori toscani e pontifici di Antico regime,* 2021, pp. 166 [ISBN 978-88-944154-9-0]
9. Alfonso Alibrandi, *La maîtrise de l'interprétation de la loi. L'apport doctrinal de la Sacrée Congrégation du Concile au XVII^e siècle*, 2022, pp. 420 [ISBN 978-88-946376-3-2]
10. Giordano Ferri, *Tra romanistica e filosofia. Il carteggio Giovanni Baviera - Benedetto Croce (1906-1951)*, 2022, pp. 120 [ISBN 978-88-946376-4-9]

Collettanee

1. *Dialogues autour du nihilisme juridique*, sous la direction de Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri, Fatiha Cherfouh-Baïch et Nader Hakim, 2020, pp. 186 [ISBN 978-88-944154-2-1]
2. *"Biblioteca abolizionista". Fermenti europei per una battaglia italiana*, introduzione e cura di Marco Paolo Geri, 2021, Tomo I, pp. 318 e Tomo II, pp. 356 [ISBN 978-88-946376-0-1]
3. *Grandes figures du droit de l'époque contemporaine. Actes du colloque en l'honneur du doyen Christian Chêne*, Ouvrage édité par Arnaud Vergne, 2021, pp. 152 [ISBN 978-88-946376-1-8]

(segue)

4. *Italia-Francia allers-retours: influenze, adattamenti, porosità*, a cura di Luisa Brunori e Cristina Ciancio, 2021, pp. 228 [ISBN 978-88-946376-2-5]
5. *Le statut juridique des populations marginalisées. Le droit comme instrument de différenciation*, coordonné par Claire de Blois et Dan Mimoun, 2022, pp. 114 [ISBN 978-88-946376-5-6]
6. *Condanna a una pena, condanna di una pena?*, a cura di Marco Paolo Geri, 2022, pp. 120 [ISBN 978-88-946376-5-6]
7. *A 250 anni dal codice Estense*, a cura di Pierpaolo Bonacini e Elio Tavilla, 2023, pp. 518 [ISBN 978-88-946376-7-0].

“Historia et ius”
Associazione Culturale - Roma
ISBN 978-88-946376-1-8