«PUNIRE, ETERNAMENTE PUNIRE»

Ricerche sul diritto e la giustizia penale

a cura di

MARCO PAOLO GERI

Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno
Collettanee
18

Historia et ius

2025

"Historia et ius"
Associazione culturale - Roma

Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno
Collettanee
18

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) - Giordano Ferri (Università di Roma Unitelma Sapienza) - 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)

I saggi pubblicati sono stati sottoposti a valutazione da parte della direzione della collana.

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

Immagine di copertina: Composizione di foto di G. Casarosa.

ISBN: 979-12-81621-19-0 - dicembre 2025

ISSN: 2704-5765

«PUNIRE, ETERNAMENTE PUNIRE»

Ricerche sul diritto e la giustizia penale

a cura di

Marco Paolo Geri

Historia et ius

"Historia et ius"
Associazione culturale - Roma

Indice

Marco Paolo Geri, *Presentazione* 1

Floriana Colao, *Mario Montorzi e la giurisdizione criminale. «Strategie, tecniche e ideologie» dal «diritto comune» alla «codificazione penale* 3

Manuel Ángel Bermejo Castrillo,*Régimen legal de la pena de muerte en España (1800-1936)* 25

Antonio Cappuccio, *Il magistero forense di Ludovico Fulci (1849-1834): prime note* 107

Gianluca Russo, *Eccezione per eccezioni. I giuristi e la pena di morte nell'Italia dell'emergenza (1967-1982)* 123

Pietro Schirò, *Tra tradizione liberale e Scuola positiva: Emanuele Carnevale (1861-1944) e* La questione della pena di morte 173

Stefania Torre, Votum fecit gratiam accepit. *Immagini della giustizia negli* ex voto *del Santuario della Madonna dell'Arco (secoli XVI-XVII)* 197

Alessandra Toscano, *"Punizione preventiva" e garantismo penale tra* scuola classica *e* scuola positiva 221

Indice dei nomi 241

Presentazione

L'occasione di questo quaderno risponde davvero al noto motto riguardante l'*uomo ladro*. Nel 2022 con altri amici pisani decidemmo di pubblicare gli atti del seminario tenutosi a Pisa nel novembre dell'anno precedente e dedicato alle tematiche abolizioniste e antiabolizioniste[1]. Alcuni di coloro che avevano contribuito in varia maniera a quel seminario hanno, poi, accettato la mia proposta di partecipare ad un altro quaderno che raccogliesse lo sviluppo dei loro interventi e il contributo di altri ricercatori e studiosi. A principio, però, ho colto anche un'ulteriore opportunità con la quale, da una parte, sottolineare parte delle mie radici, da un'altra, evidenziare come il penale, anche quello degli alti principi finisca per apparire alla lente dello storico intricato, complesso e non possa non essere calato nella realtà politica nella quale, di volta in volta, è destinato a prender forma. Quando si tenne il seminario pisano sulle tematiche abolizioniste da pochi mesi era scomparso Mario Montorzi, col quale, visto l'aggravarsi del suo stato di salute, avevo potuto solo condividere il progetto di ristampa della *Biblioteca abolizionista* promossa da Francesco Carrara[2]. Mi è parso giusto e utile, dunque, anteporre alle altre ricerche il saggio di Floriana Colao, basato sul contributo presentato alla giornata pisana del 16 dicembre 2022, organizzata in ricordo di Mario Montorzi. Dopo questo primo intervento, il lettore troverà studi principalmente dedicati a tematiche abolizioniste e antiabolizioniste tra Ottocento e Novecento, che volgono anche uno sguardo alla realtà spagnola. Mi è parso che in questo modo fosse possibile rimarcare il fatto (a volte sottovalutato) che la privazione della vita come conseguenza penale e i percorsi abolizionisti e antiabolizionisti non debbano essere considerati un problema relegato nella storia. A questi saggi fanno seguito altre indagini che vogliono aprire il campo di interesse in varie direzioni: i profili di giuristi meno conosciuti attivi in ambito penalistico, tra aule di giustizia e commissioni parlamentari,

[1] Il volumetto, curato dal sottoscritto, è *Condanna a una pena, condanna di una pena*? Atti dell'incontro di studio di Pisa 19 novembre 2021, Roma 2022 (https://www.historiaetius.eu/collana-di-studi.html).

[2] *"Biblioteca abolizionista". Fermenti europei per una battaglia italiana*. Introduzione e cura di Marco Paolo Geri, Roma 2021 (https://www.historiaetius.eu/collana-di-studi.html).

il tema del rapporto tra pena, prevenzione e misure di sicurezza e il riflesso della giustizia criminale negli atti di fede e devozione.

Le immagini della copertina si devono a due autori dei saggi del volume: una riproduzione fotografica di uno degli *ex voto* di cui tratta Stefania Torre (nella quale è rappresentato con singolare nitidezza un momento della sottoposizione al 'tormento della fune'), un momento novecentesco della riproposizione e promozione (si potrebbe dire) della pena di morte in Italia del quale si può leggere nella ricerca di Gianluca Russo. A questi ho aggiunto il frontespizio rielaborato dello scritto di Emanuele Carnevale sulla pena di morte pubblicato nel 1888 e preso in considerazione da Pietro Schirò.

Chiunque abbia un po' di pratica con la storia del penale e dei penalisti dell'Ottocento sa che il titolo è tratto da una pagina di Francesco Carrara, contenente la prolusione ai corsi pisani del 1862-63[3]. La pagina di Carrara prosegue rimarcando che il punire aveva avuto varie modalità nel tempo e nello spazio e auspicando che lo stesso, di per sé irrinunciabile, era destinato a passare dall'esser governato dall'«impeto di capriccioso furore» alla scelta di «amore fraterno», dall'«avvilire o annientare l'umana personalità», al «rialzare l'uomo per la via del dolore al sentimento della propria dignità, e richiamarlo all'amore del bene», dall'appagare fanatici deliri o esigenze tiranniche» al «tutelare l'ordine esteriore, che Dio stesso previde ab eterno e impose all'umanità»[4]. Un po' di tutto quello che potrà trovare dibattuto, preso in considerazione, criticato, sostenuto nelle pagine di questo volumetto chi avrà pazienza di sfogliarlo e, magari, di consultarlo.

Marco Paolo Geri

[3] Anche il titolo della Prolusione è conosciutissimo: *Varietà dell'idea fondamentale del giure punitivo* (cito da *Opuscoli di diritto criminale del professore Francesco Carrara*, I, seconda edizione ampliata, corretta e riordinata, Lucca 1870, pp. 155-188, che ho a portata di mano).

[4] Ivi, p. 155 e 184 : «Tornerò, dunque alle parole degli esordii. Sì: punire eternamente punire è il destino immutabile dell'umanità. Ma nell'avvenire non si punirà più con impeto di capriccioso furore; bensì con amore fraterno. Non si punirà più con avvilire o annientare l'umana personalità, ma col rialzare l'uomo per la via del dolore, al sentimento della propria dignità e richiamarlo al valore del bene. Non si punirà più per appagare fanatici delirii o esigenze tiranniche, ma per tutelare l'ordine esteriore, che Dio stesso previde ab eterno, ed impose alla umanità».

Floriana Colao*

Mario Montorzi e la giurisdizione Criminale («strategie, tecniche e ideologie» dal «diritto comune» alla «codificazione penale»)

Sommario: 1. Una introduzione – 2. Lo stato giurisdizionale toscano – 3. La leopoldina.

1. *Una introduzione*

Nelle pagine di Mario Montorzi (1951-2021) il termine concetto giurisdizione criminale più di «giustizia criminale»[1] è parso connotare una ricerca impegnata soprattutto sul fronte dell'«esercizio» dello *ius puniendi*, delle «strategie, tecniche e ideologie», in un arco cronologico lungo, dal «diritto comune» alla «codificazione penale»[2]. Il «problema»[3] non occupa un 'posto settoriale' tra i filoni di ricerca di Montorzi; attraversa lo studio sull'esercizio della *iurisdictio*, sulla legislazione, sulle istituzioni politiche e giuridiche, sulle professioni legali. Risalta come un banco di prova – a proposito di Giovanni Carmignani – di un'«autonoma linea di elaborazione e produzione giuridica, che potrebbe legittimamente chiamarsi di *diritto forense*»[4]. È pertanto con una certa semplificazione che si racchiudono qui,

* Università di Siena.

[1] Sulla categoria storiografica cfr. M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, scelta come *Introduzione* in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, pp. 3-44; sul «concepire il penale, la giustizia e il potere nella loro inscindibile connessione» – criterio che mi sembra ispirare i lavori di Montorzi – cfr. L. Lacchè, *Introduzione*, in *Penale, giustizia, potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata 2009, p. 11

[2] Così il 'Programma' delle due intense ed «affollate sessioni di studio», intese ad illustrare la poliedrica figura di Giovanni Carmignani, in M. Montorzi, *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratica del foro, sulle soglie del Diritto penale contemporaneo*, a cura di M. Montorzi, Pisa 2003, p. XIL. Sul maestro a Pisa cfr. M. P. Geri, *Il magistero di un criminalista di foro, Giovanni Carmignani «avvocato professore di leggi»*, Pisa 2015

[3] Ancora illuminante G. Tarello, *Il* problema penale *nel secolo XVIII*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», V (1975), pp. 13-25.

[4] M. Montorzi, *Presentazione*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. XXIV-XXV

in alcuni paragrafi, i temi penalistici studiati da Montorzi, che hanno, tra l'altro, il merito di poggiare sullo studio delle fonti archivistiche. Il metodo ha consentito di mettere a tema una giurisdizione criminale architrave del 'governare castigando'[5], in una dimensione 'costituzionale', comprensibile attraverso il prisma del «magistero» dei criminalisti e quello dell'«applicazione» dei giusdicenti. I risultati scientifici di una ricerca quarantennale, in una stagione feconda e innovativa per la storiografia giuridica[6], sono un tesoro prezioso, ci invitano a guardare alla storia del diritto come ad un «mezzo di liberazione, innanzitutto dai pregiudizi»[7]. Al proposito, una considerazione, Montorzi aveva chiara la densità 'politica' dei temi trattati; ha iscritto il diritto penale nella storia, che gli ha dato senso, e, al tempo stesso, nella stagione del 'panpenalismo' e 'populismo giudiziario'[8], ha messo a tema una 'sempreverde' missione civile della *razionalità* penale. Ha così iscritto nella kantiana *«teoria dei limiti»*[9] uno *ius puniendi* vocato alla «tutela individuale del cittadino», in un non artificioso primato toscano, dall'«illuminato» Pietro Leopoldo[10] al «liberale» Francesco Carrara[11].

2. *Lo Stato giurisdizionale toscano*

Sul piano metodologico la *Prefazione* di Montorzi al volume di Marco Geri, *Dal Textus all'ordine sanzionatorio* è parsa indicare in termini esemplari

[5] M. Sbriccoli, *Gobernar castigando, Francisco Tomás Y Valiente e la storia del diritto penale moderno*, in Id, *Storia del diritto*, cit., pp. 195-1221; G. Russo, *Governare castigando. Le origini dello Stato territoriale fiorentino nelle trasformazioni del penale (1378-1478)*, Milano 2022

[6] Anche con riferimento al contributo di Montorzi alla storiografia giuridica e istituzionale: P. Costa, *Storia del diritto e identità disciplinari: dai primi anni Settanta a oggi*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizione e prospettiva*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino 2016, pp. 176, 178

[7] I. Birocchi, *Il progetto, ivi*, p. XXIX

[8] Cfr. ad esempio *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, in «Diritto penale contemporaneo», 8 maggio 2018 (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org).

[9] M. Montorzi, *Francesco Carrara,* in *Avvocati che fecero l'Italia,* a cura di S. Borsacchi e G. S. Pene Vidari*,* Bologna 2011, cit., pp. 493-495.

[10] M. Montorzi, *Il viaggiatore criminalista e il Granduca: en attendant La Leopoldina*, in «Libro aperto», gennaio/marzo 2014, p. 85.

[11] M. Montorzi, *Francesco Carrara*, cit., p. 488.

il senso della «storia giuridica» del diritto penale, nell'intreccio tra «storia *esterna* delle fonti» e «ricognizione critica di storia *interna* dello Stato»[12]. La giustizia criminale è stata dunque un importante osservatorio dello «Stato del Granduca»[13], in una cronologia di lungo periodo, con i diversi connotati dello *Jurisdictktionstaat* tra la stagione medicea, le riforme lorenesi, la cesura degli anni francesi, la Restaurazione, fino al passaggio dallo «Stato-famiglia» allo «Stato-costituzione»[14]. In questo percorso la giustizia criminale è parsa elemento costitutivo della Toscana fin dal «cruento avv io» dell'«instaurazione statale» medicea; individuata da Montorzi nella celebre vicenda della congiura antioligarchica, che vide tra i sospetti anche Machiavelli e si concluse con la decapitazione di Pietro Paolo Boscoli ed Agostino Capponi. I due congiurati furono tra i pochi protagonisti di un «trattato» antimediceo, stroncato dal Bargello; Montorzi ha pubblicato e commentato l'«atto giurisdizionale, il 'Partito' di condanna», deliberato in pienezza di poteri dal Magistrato degli Otto, cui furono affiancati trenta cittadini. Ha colto la dimensione costituzionale della pena inflitta a Boscoli e Capponi, osservando che il 22 febbraio 1512 il ricorso al carnefice fu il «segnale politico del nuovo rigore […] comunicato al corpo sociale»[15].

Le regole della soggezione politica nello Stato giurisdizionale mediceo sono state evidenziate anche in alcune pagine sulla storia del *danno dato*; lo studio sulla giurisdizione pontederese ha restituito scenari di storia sociale, un'economia di sussistenza per un'«umanità affamata e vagabonda». Montorzi ha osservato che la lesione di un interesse privato esigeva una tutela pubblica, per cui il diritto statutario «evolve(va) in diritto penale»; ha anche rilevato che né la voce *Danni* della *Pratica* di Marcantonio Savelli né la Legge generale di Cosimo III del 1688 risolsero il problema dell'identificazione della condotta del danneggiante rispetto a quella del ladro, dal momento che la ricerca dell'*animus* – condizione per una severa

[12] M. Montorzi, *Prefazione* a M.P. Geri, *Dal Textus all'ordine sanzionatorio. La classificazione dei crimini tra tecnica giuridica e logica di edificazione istituzionale*, Pisa 2011, p. 13.

[13] L. Mannori, *Lo Stato del Granduca. 1530-1859. Le istituzioni della Toscana moderna in un percorso di testi commentati*, Pisa 2015.

[14] M. Montorzi, *27 aprile 1859: non «desideri ma volontà». Il popolo di fronte al Granduca, tra paternalismo e Stato costituzionale,* in *Crepuscoli granducali. Incontri di esperienza e di cultura giuridica in Toscana sulle soglie dell'età contemporanea*, Pisa 2006, p. XXXI.

[15] M. Montorzi, *Il cruento avvio di un processo di istaurazione statale. Il 'Partito' di condanna alla decapitazione di Pietro Paolo Boscoli e Agostino Capponi deliberato dal Magistrato degli Otto, in Firenze il 12 febbraio 1512, ab. Inc*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, II, Milano 2003, pp. 1565-1589.

risposta sanzionatoria – lasciò largo margine interpretativo all'*arbitrium iudicis*[16]. In questo orizzonte la *Prefazione* al volume di Daniele Edigati, *Gli occhi del granduca*, ha visto nei «magistrati e pubblici inquisitori» i preziosi «occhi» e «mani» della «istituzione politica». Montorzi ha colto l'elemento costitutivo dello *Jurisdictktionstaat* mediceo nella tensione per il monopolio dell'esercizio della forza sanzionatoria di coazione, con l'«inquisizione criminale […] occhiuta attività, che sola garantiva allo Stato sicurezza, autonomia e sopravvivenza». Da qui i provvedimenti del Granduca, intesi a rendere la «coazione legittima» attraverso la «centralizzazione dell'esercizio della giurisdizione», in particolare la *Relazione circa la Ruota criminale e il Magistrato degli Otto del dì 15 maggio 1680,* da cui una riforma di breve durata; le «normative pubbliche generali in materia penale»; la tensione per un'«ideologia d'apparato» di giusdicenti vocati a «amministrare indifferentemente e rettamente a tutti la giustizia». Montorzi ha anche messo in luce i mutamenti del processo penale, scanditi da una «crescente tecnicizzazione del procedere» – Edigati ha usato il termine «formalismo» – con il passaggio dal criterio della *sola facti veritate inspecta* alla più o meno rigorosa aderenza del giudice a regole, riti, forme, introdotti dai «precetti dell'autorità granducale con normazione positiva». La decisione non è parsa un «prodotto dell'autonoma potestà giurisdizionale del singolo», ma un «affare da trattare e risolvere con il Granduca»[17].

Nell'ampio e pionieristico *I giudici che applicarono la Leopoldina (Un tentativo di prosopografia e statistica giudiziaria)* Montorzi ha messo a tema una categoria storiografica suggestiva, un 'partito' – dell'autore il virgolettato – dei giusdicenti, destinatari e garanti dell'attuazione del 'progetto' di Pietro Leopoldo, in grado di giocare un ruolo cruciale tra Stato, norma penale e società. Attraverso un imponente scavo d'archivio, Montorzi si è dunque proposto di seguire «da dietro le spalle» il «corpo burocratico», decisivo nell'appoggiare o contrastare la *Leopoldina*; ha ricostruito le biografie dei giusdicenti e dei ministri del Tribunale del Vicariato di Pontedera, nel contado di Pisa, come tratto d'unione tra sovrano e popolo, da 'governare' con la legge. Quei «giudici» sono apparsi come «elementi di un vero e proprio partito politico», che contribuì

[16] M. Montorzi, *Pontedera e le guerre del Contado. Una vicenda di ricostruzione urbana e di instaurazione istituzionale tra territorio e giurisdizione*, in Id., *Giustizia in contado, Studi sull'esercizio della giurisdizione nel territorio pontederese e pisano in età moderna,* Pisa 1997, p. 73.

[17] M. Montorzi, *Prefazione* a D. Edigati, *Gli occhi del Granduca. Tecniche inquisitorie e arbitrio giudiziale tra stylus curiae e ius commune nella Toscana secentesca*, Pisa 2009, pp. XVI ss.

ad «aggregare la nascente borghesia toscana», in virtù di una «specifica omogenea cultura di classe»; l'accento dell'autore mi pare posto più sulla *cultura,* che sulla *classe.* Nelle carte d'archivio Montorzi ha saputo anche cogliere snodi cruciali della «prassi» processuale, i temperamenti della procedura inquisitoria, in parte mitigata dalla *Leopoldina*, ma anche la lunga durata delle accuse segrete, dell'attivazione d'«ordine» dei Tribunali superiori, della persistenza della «fama» e «*diffamatio* presso il pubblico», condizione per procedere, della totale segretezza dell'istruttoria. Montorzi ha mostrato che il processo era ben più difficile da riformare, rispetto ad una 'mitigazione delle pene' – abolizione di quella capitale *in primis* – già in atto nei tribunali del Granducato di un lungo Settecento riformatore. Il saggio ha messo dunque a fuoco l'*iter* processuale, documentando che il 'fascicolo', già formato nell'istruzione, scritta e segreta, era poi trasmesso alle difese, condizione a che il Vicario potesse formulare la proposta, partecipata al Supremo Tribunale di giustizia. Forte dello studio delle fonti, Montorzi ha definito la 'parte processuale' della *Leopoldina* «riforma più di principi, che di struttura», un «patriarcale giudizio», formula felice ripresa dalle parole di Giovanni Carmignani sul confronto tra la riforma del Granduca – comprensibile entro lo «Stato giurisdizionale» – ed il processo inglese. La giustizia toscana gli è apparsa in una realtà di 'lunga durata', uno «strumento di *police*, affidato alla garanzia politica di un ceto di funzionari di sicuro affidamento, che non come mezzo tecnico di tutela del suddito»[18].

Il tema-problema del 'partito' dei giusdicenti è stato riproposto nello «studio del 'Giacobinismo' toscano», forte di accurate indagini archivistiche sui protagonisti della complessa vicenda politica e sociale, ricostruita anche attraverso i processi penali intentati a Filippo Mazzei – «personalità cosmopolita» tra Corti d'Europa e nuovo mondo – Pietro Manzi – docente di diritto criminale nello Studio pisano – Pietro Cercignani – studente, appartenente ad una Loggia massonica. Montorzi ha collocato questi intellettuali in un novero di «liberali», attivi nella Pisa di fine Settecento, «scissa» tra i «giacobini» dell'Università, la «borghesia moderata» e le «tensioni sanfediste della plebe urbana». I documenti processuali erano rimasti a lungo sconosciuti, dal momento che il Commissario di Pisa, Maffei, aveva portato queste carte 'compromettenti' nell'Archivio di famiglia, poi versato nella Biblioteca Comunale Guarnacci

[18] M. Montorzi, *I giudici che applicarono la Leopoldina (Un tentativo di prosopografia e statistica giudiziaria),* in *La Leopoldina nel diritto e nella giustizia in Toscana,* a cura di L. Berlinguer e F. Colao, Milano 1989, pp. 189-354. Di particolare interesse per una comprensione della riforma del 1786 è D. Edigati, *Prima della Leopoldina. La giustizia criminale toscana tra prassi e riforme legislative*, Napoli 2011.

di Volterra. Ebbene, Montorzi ha tratto dall'oblio l'interrogatorio di Mazzei da parte del Bargello, «ministro processante, ingenuo e bigotto», forse «intimorito dalla fama e dalle dignità di quel singolare imputato», ed il relativo Rapporto, in cui Mazzei era accusato di aver fatto «da Socrate» ai «pisani, sospetti di simpatie democratiche». Quanto a Manzi – «brillante professore» prima, confidente di Metternich poi – Montorzi ha osservato che nella Restaurazione il professore fu «malvisto sia dai liberali che dagli austriaci»; il processo intentatogli mostrò che la «politica», da sentimento 'appartato', era divenuto «impegno militante» di una «classe emergente» di liberali, sospetta agli occhi del governo. Nei Rapporti di polizia Montorzi ha letto anche un «neologismo che viene d'oltralpe», il riferimento a «*clubs* e riunioni abituali di persone unite da un legame ideologico», con l'esordio politico di una «borghesia moderata», rafforzato nelle Logge massoniche, fucine di «liberali»[19].

Lo Stato giurisdizionale è parso conoscere un altro tornante d'epoca con la pubblicazione de *La Legislazione toscana raccolta e illustrata dal dottore Lorenzo Cantini,* Firenze, 1800-1808, di cui Montorzi evidenziato «un titolo in apparenza smagliante di colori filangieriani» ed una «logica, che governa quell'esperienza giuridica», ancora connotata dalla «molteplicità di *iurisdictiones*». Il denso saggio *La Legislazione toscana di Lorenzo Cantini e «la cognizione delle leggi della Patria»* non ha riscontrato in questa importante opera un «ordinamento giuridico unitario di natura istituzionale, al cui interno l'obbligazione politica sia costituita e sostenuta da un titolo complessivo e generale di appartenenza statale»[20]. Una definitiva *«crisi di sovranità»* è parsa concludere il passaggio dallo Stato giurisdizionale assolutistico alla transizione, approdata per via di plebiscito, alla Monarchia costituzionale di Vittorio Emanuele II; Montorzi ha colto il cambio d'epoca nelle parole di Ferdinando Martini sulla cifra della nuova obbligazione politica: «non desideri ma volontà»[21].

[19] M. Montorzi, *I processi contro Filippo Mazzei e i liberali pisani del 1799*, in Id., *Giustizia in contado*, cit., pp. 289-300; Id., *Qualche scheda d'archivio e qualche spunto problematico per contribuire allo studio del 'Giacobinismo' toscano: il partito dei giusdicenti, ivi*, pp. 301-310; Id., *Una polemica costituzionale al suo inizio: due opuscoli «giacobini» del Contado pisano (note bibliografiche, biografiche e politica)*, in Id., *Crepuscoli granducali*, cit., pp. 67-111.

[20] M. Montorzi, *La legislazione toscana di Lorenzo Cantini e la «cognizione delle leggi della Patria»*, in *Tecniche di normazione e pratica giuridica in Toscana in età granducale. Studi e ricerche a margine della Legislazione toscana raccolta e illustrata dal dottore Lorenzo Cantini*, *Firenze, 1800-1808,* a cura di M. Montorzi, Pisa 2006, pp. 1-8.

[21] M. Montorzi, *27 aprile 1859,* cit., p. XXXIII.

3. *La Leopoldina*

Nelle parole di Montorzi alcuni spunti presenti ne *I giudici che applicarono la Leopoldina* erano ripresi in un saggio pubblicato su «Libro aperto» nel 2014, per illustrare una riforma che appariva, specie per l'abolizione della pena di morte, un 'prodromo' della tutela giuridica della «libertà individuale», poi messa a tema da Carrara. Già il titolo del lavoro pareva ascrivere la riforma del 1786 all'«util coraggio» di Pietro Leopoldo, vicino a Circoli massonici, «Illuminato»; al proposito Montorzi ha ricordato il colloquio intercorso alla metà del 1785 tra il giovane sovrano e Charles Dupaty, magistrato, avvocato, letterato illustre, autore di un aspro *Memoriale*, inteso a salvare dalla Ruota tre innocenti, nella critica della condanna sulla base di verdetto già iscritto nel deposto testimoniale, senza che il giudice avesse potuto interpretare i fatti. Per Montorzi il «viaggiatore criminalista» è parso cogliere nella scelta del Granduca di abolire tortura e pena di morte il «progetto costituzionale della società civile toscana»[22]. Un'ampia storiografia ha affrontato la *Leopoldina* con categorie interpretative diverse, analizzate criticamente da Montorzi, in una messa a punto di temi-problemi, che sembrano largamente condivisibili. Alla domanda quale «modello», *L'util coraggio di Pietro Leopoldo* ha risposto con una profonda riflessione sul «sistema di leggi criminali», «significativa parola tecnica», usata da un autore anonimo sul «Giornale dei Letterati», forse Lampredi o Ranucci, che recensì l'«eccellente codice criminale», ritenuto dagli intellettuali pisani frutto, appunto, dell'«util coraggio» del Granduca. Montorzi ha dunque definito uno «sbadato anacronismo» interrogarsi se la riforma del 1786 sia stata un «vero codice», di là da venire, o un suo «tentativo»; ha indicato un «prodotto normativo maturo e smaliziato», ascritto ad un «sovrano politicamente avanzato», «agente formidabile di innovazione e secolarizzazione culturale e giuridica». Ha ritenuto inoltre una «inutile *querelle*» chiedersi chi «ispirò direttamente» Pietro Leopoldo, ma, storicizzando la questione, ha anche evidenziando che Carmignani, «pratico del foro», era stato mosso da una «esagerazione polemica»[23] nel negare a Beccaria un «influsso» nella *Leopoldina.* Sulla scorta del magistero di Franco Venturi Montorzi ha collocato la riforma del 1786 nel prisma del «flusso di idee», che vide nel Granduca un «mediatore qualificato» tra Lumi, «curie e dottori».

[22] M. Montorzi, *Il viaggiatore criminalista e il Granduca,* cit., pp. 82-87.

[23] M. Montorzi, *L'«util coraggio» di Pietro Leopoldo (all'indomani della promulgazione della Leopoldina)*, in «Libro aperto», luglio-settembre 2014, p. 95

Nel *Proemio* della *Leopoldina* Montorzi ha letto il «dovere», in capo al «paterno cuore» del legislatore, di un «intervento di polizia», un «codice di polizia giurisdizionale», apprezzato dai contemporanei in quanto «*praecavandum magis quam vindicandum*». Nella «griglia metodica» del sovrano sono parsi risaltare alcuni punti fermi, la mitigazione delle pene, la vigilanza per la prevenzione, la celere spedizione dei processi, la prontezza e sicurezza della pena, tensioni reputate da Montorzi un «anticipo del grande tema istituzionale, che accenderà i conflitti della costruzione degli Stati nazionali ottocenteschi». Al proposito il saggio ha messo in luce le resistenze di non pochi giudici e giuristi, mosse anche da «rimpianti filomedicei», cui Pietro Leopoldo tenne testa, forte della collaborazione di Giuliano Tosi. L'anziano auditore è risaltato soprattutto come l'ispiratore del «progetto giuridico di regolazione dei giudizi criminali e irrogazione delle conseguenti pene», un «progetto» al tempo stesso «politico, correttivo ed educativo», nella consapevolezza che «non si educava il popolo se non con la legislazione; la stessa «sovranità» è parsa esprimersi come un progetto di «educazione sociale». «Il coraggio della ragione politica riformatrice» è stato insomma messo in luce come cuore vitale della riforma del 1786, in una stagione non ancora entrata in crisi per i «malesseri politici e rovinose sommosse di popolo». Montorzi ha considerato in questa prospettiva le «molte lingue» del testo, con particolare riferimento a tre «lemmi», «riforma» – ex articolo XVIII, a proposito dello «spirito», che doveva guidare i «ministri della giustizia»; «cittadini» – proposto dall'auditore Seratti a Pietro Leopoldo, orientato per «suddito», nel senso di «soggetto» alla legge – «legge», «novatrice ed autofondativa». Quest'ultimo termine-concetto è stato inteso da Montorzi come «*volontà*» del Granduca, non attributo della sua «persona», con una «rivoluzionaria verità», riposta tra i «protocolli fondativi dello Stato di diritto»; la combinazione dei «tre lemmi» è parsa indicare la «natura costituzionale della *Leopoldina*». Erano letti in questa prospettiva i tratti salienti del progetto nato dall'«util coraggio» del sovrano; Montorzi ha sostenuto che, fin dall'articolo I, la riforma introdusse nel «giudizio un cospicuo sistema di garanzie formali», «tutte le cause si principieranno o a istanza del querelante pubblico o a istanza della parte offesa». La scena processuale è parsa perdere i tratti di «mutevole canovaccio forense», ed acquistare quelli di «sistema vincolato di regole espositivamente dettate dalla sovranità delle leggi del Principe».

Montorzi ha poi osservato che la *Leopoldina* definì una «nuova scala penale per i delitti», senza descriverne le fattispecie, e che il «codice senza

reati»[24] ebbe senso come «politica del diritto», per non guardare più alla pena come «vendetta e crudele dissuasione», fino a prospettare un *diritto penale minimo*[25], una pena come «opzione residua», «inevitabile nei rispettivi casi». *L'«util coraggio» di Pietro Leopoldo* ha collocato in questo orizzonte la questione della pena di morte e del non artificioso primato abolizionista toscano, temi cui Montorzi ha dedicato una profonda attenzione proprio per la densità costituzionale. Nella Toscana leopoldina la forca non è parsa più compatibile con l'immagine del «Sovrano», inteso a guardare al «reo» come ad un «suddito», non ad un «nemico». Nella scelta dell'abolizione non sembrarono decisive solo le indubbie e meritorie tensioni umanitarie; l'«interesse pubblico» suggerì l'«inutilità sociale» di un privare lo Stato di un condannato, secondo la prospettiva colta nel pensiero di von Sonnenfels, una «contabilità di polizia». In conclusione, Montorzi ha collocato la *Leopoldina* in un dilemma, tra l'espressione legislativa dello «Stato di diritto» o del «lungimirante ed illuminato, se pur discutibile, sistema di polizia». La seconda opzione è parsa più storicamente fondata; al tempo stesso *L'«util coraggio» di Pietro Leopoldo* ha visto nell'abolizione della pena di morte un cruciale «postulato», iscritto nel primo 'idealtipo', lo «Stato di diritto». Montorzi ha concluso che nella *Ferdinandina* del 1795 la forca fu reintrodotta dal sovrano per un «atterrito timore governativo della tutela dell'ordine pubblico», ma che il «postulato fondante lo Stato di diritto non sarebbe venuto meno», pur se allora sconfitto da un 'sempreverde' attributo del penale, «l'inutile circuito di paura»[26].

La consapevolezza di un legame tra «normazione positiva» e «tensioni della dottrina» è uno dei temi messi a fuoco dall'ampio studio sulla «evoluzione storica» della rissa, di cui Montorzi nel 1987 ha ricostruito la lenta e faticosa emersione, dal diritto romano alle codificazioni moderne; la «genesi della fattispecie» spiega la formula oggi cristallizzata nello schema concettuale dell'art. 588 del codice Rocco, con un contributo storico-critico imprescindibile anche per il vigentista[27]. *La rissa. Genesi della fattispecie* ha

[24] *Ivi,* aprile-giugno 2014, p. 102.

[25] Cfr. almeno L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale,* Roma-Bari 1989; *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi e G. Palombarini, Roma 2002; A. Cavaliere, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta per una alternativa alla 'cultura del penale'*, in «Archivio penale», n. 3 (2018) (https://archiviopenale.it/).

[26] M. Montorzi, *L'«util coraggio»*, cit., p. 106. Su una 'sempreverde' connotazione del penale cfr. il fascicolo dedicato a *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire* dei «Quaderni di storia del penale e della giustizia», 1/2019 (https://rivisteopen.unimc.it/index.php/qspg/about).

[27] F. Basile, *Il delitto di rissa. Teoria e prassi*, Roma 2014, p. 16.

messo dunque in luce l'assenza, nelle fonti romane, di uno specifico *nomen iuris* per un reato individuale, che presupponeva una collettività di persone; neppure la legislazione romano-barbarica è parsa definire una figura autonoma. Per cogliere il passaggio dalla descrizione dell'agire umano alla definizione giuridica, Montorzi ha guardato oltre il dato normativo, esaminando anche il contesto sociale della «*rixa*», «*pura*» o «*casualis*», reato tra i tratti tipici di una società violenta. Ha riservato inoltre una preziosa attenzione per la riflessione teologica e la legislazione ecclesiastica, intesa alla ricerca dell'*animus*, della responsabilità personale del rissante e non «del fatto in sé»; particolare rilievo è parso meritare il magistero di Tommaso d'Aquino sulla rissa 'guerra privata' contro l'autorità pubblica. Montorzi ha messo poi a tema lo snodo iscritto nella «età del diritto comune», anche nei profili della «normazione positiva», il *Liber Augustalis*, la «polizia preventiva» negli Statuti comunali, con la critica degli odi fazionari nelle pagine di Bartolo e Baldo. Nel «sistema della Carolina» *La rissa. Genesi della fattispecie* ha colto nella partecipazione nel fatto violento la condizione di punibilità, con la draconiana severità del quadro sanzionatorio, mitigato dai criminalisti interpreti e dai giudici, che non configurarono la fattispecie come reato autonomo, ma come elemento costitutivo e specializzante di altri reati. Anche per la rissa i diversi indirizzi giurisprudenziali e le «incertezze dei pratici» sono parsi centrali, con l'«ipotesi di reato» nata tra i «banchi dei tribunali»; in particolare Montorzi ha indicato la distinzione del grado di responsabilità negli omicidi dimostrati ed in quelli commessi dai semplici rissanti, compartecipi nel «tumulto».

Le codificazioni sono parse poggiare sulle soluzioni messe a punto dal circuito teorico-pratico, decisivo anche in questo tema; Montorzi ha messo in luce che la *Constitutio criminalis Theresiana* graduava la responsabilità tra chi aveva inflitto una ferita mortale e chi no; che il codice Giuseppino rinviava al giudice la facoltà di ridurre la pena. *La rissa. Genesi della fattispecie* ha riservato una certa attenzione anche alle fonti toscane – al centro delle successive ricerche di Montorzi – dalla *Pratica universale* di Savelli, agli *Elementa iuris criminalis* di Giovanni Carmignani, al *De iure criminali* di Luigi Cremani; si è considerato che la *Leopoldina* equiparava l'omicidio rissoso a quello occasionato da causa non prevista, mentre la *Ferdinandina* comminava comunque dieci anni di lavori forzati ai coloro che aveva partecipato alla rissa. La fitta casuistica è parsa improntare il Codice penale toscano del 1853, mentre, per Montorzi, il codice Zanardelli configurò un reato autonomo, ma subordinato alla condizione che, nella rissa, qualcuno fosse stato ucciso o avesse riportato una lesione. Il saggio – preparatorio alla sintesi, pubblicata nell'*Enciclopedia*

del diritto – ha messo insomma a tema la 'lunga durata', fino al codice Rocco, delle «antiche dispute del diritto comune»[28].

Della criminalistica tra Settecento e Ottocento Montorzi ha offerto un quadro variegato, ricco di spunti fin dalla periodizzazione, che, nello studio su Luigi Cremani – allievo aretino dei maestri Guadagni e Lampredi in Pisa, chiamato alla cattedra pavese di diritto criminale – è stata definita nei termini della «crisi del diritto comune precodificatorio»; in particolare il «*delictum*» e l'«*imputabilitas*» in Cremani sono stati messi a confronto con il pensiero di Filangieri e Carmignani su questi istituti, centrali nel 'sistema' penale. Il giurista aretino è parso dunque svolgere una carriera tipica dei membri del funzionariato della Casa asburgo-lorenese, complicata dalla politica, dai moti sanfedisti d'Arezzo dopo la breve occupazione francese in Toscana, e soprattutto dalla repressione dei giacobini, scatenatasi nel Granducato sotto l'egida del Senato fiorentino. Cremani presiedette la «Camera nera», intesa a colpire chi, nella breve stagione francese, si fosse macchiato di «massime contro la religione e contro lo Stato». Riflettendo sul magistrato «reazionario» – tratto più vistoso della biografia del giurista aretino – Montorzi ha inteso evitare la scissione tra il Cremani scienziato del diritto criminale – pur assertore del processo inquisitorio rispetto all'accusatorio e della distanza tra il *tecnico* ed il *filosofo* – ed il giudice inflessibile nella repressione dei giacobini toscani; ha ricostruito le «radici culturali della formazione di un giurista della tradizione», collocato nella convincente categoria storiografica del «Settecento conservatore».

Nell'operato del Cremani criminalista e giudice Montorzi ha individuato una «medesima linea concettuale», in tema di «*competenza funzionale*» della macchina giurisdizionale e della «*complessiva legittimazione a punire*, con l'uso abile delle categorie della «*imputabilitas*» dei giudicabili e del «*delictum*», da contestare ai giacobini, «come presupposto materiale d'inquisizione». L'«uomo di scuola» è parso riversare nell'attività giurisdizionale il «perfezionamento formale dei poteri inquisitori», con il punire le «massime democratiche» come una «infrazione morale e politica»; per Montorzi Cremani confuse l'imputabilità dei giudicabili con quella dei «*molti*», partecipi, oltre che delle ideologie transalpine, della politica delle riforme, avviate da Pietro Leopoldo. L'onda lunga di risentimenti politici esplose infatti con l'insorgenza sanfedista e poi con la repressione della «Camera nera», in cui il «*delictum*» fu individuato da Cremani come il prodotto di una «volontà irrazionale», ordinata a un «fine intrinsecamente

[28] M. Montorzi, *La rissa. Genesi della fattispecie*, in «L'Indice penale», XXI (1987), pp. 513-541; Id., *Rissa (Storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano 1989, pp. 1335-1344.

turpe», non come «infrazione valutabile dall'interprete giudiziale»; Montorzi ha osservato una «giustizia oracolare più che critica»[29]. Al tempo stesso ha ripercorso la produzione scientifica di un Cremani «aperto ai contatti e alle conversazioni con il mondo dei Riformatori», fino alla stima riservata al criminalista toscano da Filangieri. Montorzi ha comunque sottolineato la differenza tra la cremaniana «*repressione educativa* e *censura monitoria e istituzionale*», e la «*promozione civile e sociale*», cuore vitale della *Scienza della scienza della legislazione*. Nell'opera del Cremani Montorzi ha messo in luce l'idea di *delictum* lesivo della «soggezione politica e giuridica del suddito al suo legittimo sovrano», misurandone anche la distanza dalle *Praelectiones de iure criminali* del Martini, che ancorarono il delitto, svincolato dalla morale, alla norma positiva. Montorzi ha poi considerato la tensione di Cremani ad uscire dall'isolamento culturale, iscritto nell'«assoluto ossequio politico e dinastico»; il criminalista aretino è sembrato guardare il «delictum» come ad una «fonte di iurisdictio magistratuale», a tutela del «sistema di obbligazione politica»; al proposito ha indicato la ben diversa definizione di reato, messa a punto dal Filangieri, con nuovi «assunti teoretici» ed «ampie determinazioni sistematiche»[30]. Montorzi ha dunque approfondito la distanza tra il pensiero del Cremani e quello dell'autore della *Scienza della legislazione*; ha osservato che la «volontà assoluta delle categorie etiche» – poggiante sulla definizione aristotelica – per Filangieri non bastava più a spiegare il comportamento del «soggetto penale», non «*cattivo in sé*», ma nelle «*relazioni sociali*», «fuori di noi». Nell'assunto filangieriano per cui «la sola volontà di delinquere non può formare un delitto civile», Montorzi ha visto il distacco dai «criminalisti della tradizione più antica», in una «impegnativa ricerca intellettuale», assolta dalla tensione «scientifica» di Carmignani, ricompreso in un novero di «giuristi aperti e irrequieti». Nelle pagine del docente a Pisa l'«*imputabilitas* del *delictum*» è parsa trovare la sua «determinazione positiva formale» in una «genesi in primo luogo politica e sociale, piuttosto che originariamente religiosa»; Montorzi ha sottolineato «son definitivamente mutati i termini del sapere giuridico, e si muovono ora in una prospettiva che porta al dibattito codificatorio ed alla costruzione, entro i limiti dello Stato, di un nuovo sistema di identificazione antropologica»[31].

Nella penetrante *Introduzione* agli Atti del Convegno, organizzato

[29] M. Montorzi, *Luigi Cremani: il problema dell'*imputabilitas *nella crisi del diritto comune precodificatorio*, in Id., *Crepuscoli granducali*, cit., p. 124.

[30] *Ivi*, p. 140.

[31] *Ivi*, p. 146.

tra il 1999 ed il 2000 per lo studio di Carmignani[32] – riproposta con un un titolo illuminante in *Crepuscoli granducali* – il docente, avvocato di successo, linguista, teatrante, proprietario terriero – tra l'altro agrarista e promotore del rinnovamento della cultura della proprietà agraria – era ricompreso entro il «vichismo e ideologie nella cultura giuridica toscana», al centro di una fitta rete di relazione umane e intellettuali europee. Dal tardo Illuminismo agli anni francesi al «torpore neo assolutistico dell'età della Restaurazione», Montorzi ha colto nella «biografia professionale» di Carmignani – comune ad altri giuristi – un «elemento di continuità tra le apparenti rotture del primo Ottocento», irriducibile al mutar di coccarde del «Girella» di Giuseppe Giusti, piuttosto in grado di «costruire» una precisa «identità culturale e ruolo istituzionale e scientifico indisturbati nel tempo». L'«insegnamento di Vico», che si andava diffondendo «in Italia»[33], è parso architrave di una «ideologia» – definita da Carmignani nei termini del «raziocinio» – intesa ad offrire della scienza penale «un'interpretazione fondata sulla *verità* dei valori, e sulla *certezza* e dell'esperienza storica»[34].

Negli *Juris criminalis elementa* Montorzi ha poi colto una «'drammatizzazione critica' della vicenda punitiva», uno snodo della scienza del diritto penale, in cui il «tema penalistico» si saldò «in maniera durevole» con quello della «riflessione istituzionale, compiendo il tal modo un importante passo nel processo genetico dell'ideologia statuale». In un tornante d'epoca segnato dalla crescita della borghesia, che andava emancipandosi dagli «antichi meccanismi di fedeltà politica e identificazione corporativa», «l'amministrazione dello *ius gladii*» pareva vedere «improvvisamente incrinate e scompigliate le cadenze arbitrariamente autocratiche […] si rifornivа di un'intima razionalità organizzativa al cui interno l'esercizio del potere punitivo trovava finalmente un proprio coessenziale limite d'esercizio politico». Per Montorzi l'operazione era iscritta nella tensione per la «costruzione dello Stato», riflesso del 'leopoldinismo' di Carmignani – e dei «moderati toscani» – con la «rimeditazione del sistema punitivo» e dell'organizzazione giurisdizionale, legate alle esigenze della «classe borghese, unitaria e generale». Nella Restaurazione una «nuova strategia

[32] M. Montorzi, *Giovanni Carmignani (1768-1847),* cit., pp. XIII-XXV.

[33] Sulla diffusione del pensiero di Vico e Romagnosi nell'Italia del Risorgimento, anche con citazioni della ricerca di Montorzi L. Lacchè, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39 (2010), p. 184.

[34] M. Montorzi, *Giovanni Carmignani: vichismo e ideologie nella cultura giuridica toscana*, in Id., *Crepuscoli granducali*, cit., p. 195.

d'individuazione della realtà» è parsa radicarsi per la consapevolezza della «crisi del costituzionalismo rivoluzionario e d'importazione».

Quanto ad un tema cruciale, come è noto, la storiografia ha mostrato l'inconsistenza del 'canone' delle «Scuole», la «classica» – scandita dalla linea Beccaria, Carmignani, Carrara – e quella «positiva», per comprendere la complessità e ricchezza della penalistica nazionale tra Ottocento e Novecento[35]. Montorzi è parso condividere questo giudizio; ha al tempo stesso collocato il pensiero di Carmignani – per Sbriccoli primo «modello» di «penalista professionale»[36] – in una linea di continuità con quello di Carrara, considerando il legame nato nello Studio pisano, soprattutto laddove l'allievo di Lucca definì il maestro «Linneo del diritto penale». Montorzi ha dunque proposto un'originale lettura dell'opera di Carmignani, intesa, «tra teoria speculativa e prassi professionale», a «operare sul mondo che c'è»; ha lavorato sui materiali didattici, rintracciati nelle cattedre criminalistiche dello Studio pisano negli anni precedenti l'insegnamento di Carmignani, poi affinati dall'autore degli *Elementa.* Ha considerato dunque le *Institutiones iuris civilis*, dal 1760 dettate agli studenti da Cesare Alberigo Borghi, poi donate da Ellero a Carrara, e conservate nella Biblioteca di Pisa con il titolo *Istituzioni criminali secondo l'uso di Toscana*. Montorzi ha visto nell'opera del Borghi l'inizio del superamento dell'esegesi dei testi giustinianei verso un insegnamento istituzionale, con una «prima definizione *positiva* della nozione di delitto», «prodotto della storia, sedimento patologico della vita sociale, il quale viene in essere *solo e soltanto* quando siano da esso espressamente contraddetti i *precetti positivi* del sovrano». Nelle *Institutiones* del Borghi Montorzi ha tuttavia colto un'ambiguità, nell'identificazione del reato come «azione cattiva» e «proibita dalla legge», nella distinzione tra delitti pubblici e privati – con la pena rimessa al giudice – e tra dolosi, colposi e casuali. Il *delictum*, tracciato dal più «tardo ed evoluto» Carmignani, è parso conservare «il nucleo definitorio fissato già anche dal Borghi», ed al tempo stesso risaltare «soltanto come una deviazione obbiettiva da un sistema di norme dato e individuato». Montorzi ha concluso che gli *Elementa* del Carmignani configurarono «il *delictum* penalistico» come una «infrazione delle leggi della società civile [che] implica l'esistenza di un'entità statuale (*Civitas*)», «nozione e strumento della pratica di avvocati più che arma

[35] M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in Id., *Storia del diritto penale*, cit. pp. 491ss; M. Da Passano, *Note su Carmignani e Carrara*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., p. 91.

[36] M. Sbriccoli, *La penalistica civile*, cit., p. 497.

d'inquisitore»; da qui l'«ipotesi suggestiva» – proposta al «lettore» del ricco volume collettaneo *Giovanni Carmignani* – di un «*diritto forense*»[37].

La *voce* per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani* ha aggiunto altri elementi alla 'identità' del Carmignani, ripercorrendo la temperie culturale e politica, racchiusa tra la laurea nel 1790, la pratica legale a Firenze, lo scritto, poi ripudiato, *Della utilità e della necessità della pena di morte* (1795). Montorzi ha mostrato che, negli anni francesi, gli interventi sul «Monitore fiorentino» videro Carmignani impegnato sui temi della «garanzia giuridica» e che la cattedra di diritto criminale a Pisa, accettata nel 1803, fu conservata a dispetto della «caducità dei regimi politici». Montorzi ha poi definito la *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* l'opera che più ha influenzato la cultura penalistica, non solo toscana, dal momento che, «già nel titolo, tradisce la nuova destinazione politica e costituzionale del diritto penale». Più dell'influsso dei modelli austro-tedeschi, la *voce* ha colto nell'opera di Carmignani il rifarsi ad una tradizione culturale «autoctona e nazionale», all'«insegnamento vichiano», estraneo al «razionalismo kantiano», agli occhi del maestro a Pisa 'colpevole' di porre il diritto e la morale «sotto il dettame della sola ragione»[38]. La distanza tra Carmignani e il quadro di riferimento di un penale «liberale» risaltava bene in una lettera – conservata nell'Archivio professionale di Vincenzo Salvagnoli, pubblicata da Montorzi – che il maestro a Pisa scrisse all'avvocato empolese, allievo «valorosissimo e precoce» il 15 dicembre 1827, senza avere risposta. A proposito di *Della procedura penale nel Regno delle due Sicilie* di Niccola Nicolini Carmignani – cui era stato richiesto un «articolo di giornale» – osservava dunque un «dottrinale desunto per la massima parte da prinicipii ideologici, che stanno agli oggetti del Diritto come la definizione della linea starebbe al bastone»[39]. Montorzi ha colto appieno il senso scientifico e ideologico della pregnante immagine, ricordando che, nel 1829, Carmignani stilò per l'«Antologia» una recensione dell'opera di Nicolini in forma di «lettera» – diretta a Salvagnoli – con toni «più smorzati e soffici». Quel «veloce biglietto» di fine 1827 è parso dunque esemplare di

[37] M. Montorzi, *Giovanni Carmignani*, cit., p. 202.

[38] M. Montorzi, *Carmignani, Giovanni*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N Miletti, Bologna 2013, pp 451-453 (d'ora in poi DBGI).

[39] Il testo in M. Montorzi, *Vincenzo Salvagnoli, i suoi colleghi avvocati e il disegno di una nuova razionalità costituzionale (con inediti di Giovanni Carmignani e Francesco Carrara)*, *Appendice*, in Crepuscoli *granducali,* cit., pp. 271- 272. In generale cfr. M. Geri, *L'epistolario di Carmignani tra lettere e incontri professionali e culturali*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 273-301.

una peculiare «analisi giuridica», svolta da Carmignani e da altri giuristi toscani, poggiante nella «pratica della concreta esperienza», non sui «vuoti filosofemi delle classificazioni soltanto ideologiche»[40].

Nelle pagine dedicate a Salvagnoli Montorzi ha ripercorso un importante «capitolo di cultura forense nella Toscana risorgimentale», leggendo la biografia dell'avvocato empolese attraverso i «dettagli ideologici della sua pertinenza professionale», dal carcere nella Fortezza di Livorno per accuse politiche nel 1833, alla pubblicazione de «La Patria» nel 1847, all'opzione politica nazionale e sabauda. Ha messo a tema dense «formule di mobilitazione sociale», mutevoli nel tempo, dallo Stato giurisdizionale al «disegno di una nuova razionalità costituzionale». Le professioni forensi sono parse il banco di prova del passaggio dal «partito dei giusdicenti» – già decisivo nel sostegno delle riforme di Pietro Leopoldo – al «partito degli avvocati», dalle «esplicite finalità di *garanzia giuridica e politica*». In particolare, Montorzi ha considerato un saggio di Francesco Del Rosso – giovane praticante nello Studio Salvagnoli – sul Motuproprio granducale del 2 agosto 1838, che riformò il processo criminale, introducendo, tra l'altro la Corte di cassazione. Nel paragrafo sulla *convinzione morale dei giudici* Del Rosso è parso sganciare la decisione giudiziale dall'«*interpretatio* del diritto comune», per ancorarla a «criteri di logica naturale e di senso comune», con il passaggio da una «precettiva e ordinativa giurisprudenza» ad una «positiva e normativa legalità». Montorzi ha poi considerato che il *Discorso sullo Stato politico della Toscana* di Salvagnoli indicò un «lucido programma di riforma ed edificazione costituzionale, lontano dalle cittadinerie cetuali e corporative dell'antico sistema di Antico regime»[41].

Il difensore della «causa costituzionale del popolo toscano» figura nella *voce* per il volume collettaneo dedicato agli *Avvocati che fecero l'Italia*; Montorzi ha messo in evidenza che, dopo la «pacifica rivoluzione fiorentina del 27 aprile 1859», e la definitiva fuga dei Lorena, Salvagnoli «verosimilmente redasse di propria mano il primo provvedimento della Giunta provvisoria di governo, con cui si abolì orgogliosamente e perentoriamente la pena di morte»[42]. Del non artificioso primato

[40] M. Montorzi, *Vincenzo Salvagnoli,* cit., p. 263; sui rapporti tra Nicolini e Carmignani M. Ronco, *L'eredità filosofica di Vico in Niccola Nicolini giureconsulto napoletano*, in «L'ircocervo», 12 (2022), p. 243 e M. P. Geri, *Libri da fare, da leggere, da far circolare: Carmignani e Niccola Nicolini tra recensioni e scambi epistolari*, in *Giustizia e potere tra antico e nuovo regime. Studi in memoria di Armando De Martino*, F. Mastroberti, F. De Rosa (curr.), Napoli 2024, pp. 327-346.

[41] M. Montorzi, *Vincenzo Salvagnoli,* cit., pp. 266, 270.

[42] M. Montorzi, *Vincenzo Salvagnoli (1802-1861)*, in *Avvocati*, cit., pp. 460-475; Id.,

toscano Montorzi ha ricostruito un episodio fino ad allora rimasto in ombra dalla storiografia; ha ripercorso il «tema politico» nel rapporto epistolare, intercorso tra l'«avvocato liberale» Salvagnoli e Carrara, all'epoca avvocato in Lucca. Il Ducato era stato dunque annesso alla Corona granducale in virtù della reversione del 5 ottobre 1847, scelta sostenuta dal Salvagnoli; Carrara, che in quel momento «giocava anche l'importante ruolo di referente politico di Salvagnoli in Lucca», scrisse al collega, all'epoca «influente esponente della classe politica liberale», a che i lucchesi non fossero penalizzati dalla perduta autonomia. Montorzi ha poi sottolineato che, in virtù del Motuproprio 11 ottobre 1847, Leopoldo II seguì una «strategia di accoglienza politica», nell'abolire la pena di morte a Lucca, «ivi vigente ed ampiamente comminata e praticata». Da qui la «questione, giuridica e politica», se la «paterna concessione» fosse stata da intendersi come «privilegio territoriale» dell'ex Ducato o come «norma generale», in nome di un «principio di uguaglianza per l'intero ordinamento giuridico statale toscano». Montorzi ha osservato che la sentenza del 25 febbraio 1848 della Cassazione in Firenze – presidente Giuseppe Puccioni, PM Luigi Fornaciari – guardò alla norma come ad una «*Lex generalis*», in grado, tra l'altro, di abrogare legge 14 giugno 1816, che puniva con la morte il furto violento in unione di persone. Montorzi ha sottolineato l'importanza di questa «implicita abrogazione» per tutto il Granducato, ove la pena di morte era ormai «desueta», un'«abrogazione giurisdizionale» ad opera della «magistratura toscana, dislocata su posizioni liberali», con particolare riferimento a Giuseppe Puccioni, abolizionista «per intima convinzione», ricompreso nel «partito dei giusdicenti», avversi al patibolo fin dall'epoca «pietroleopodina»[43]. La sentenza della Cassazione è parsa trasformare la «codificazione penale lorenese in un nuovo e diverso Codice penale […] più moderno e liberale del Codice penale sardo»; da qui la Toscana «vera e propria enclave normativa», priva del carnefice, «fino all'emanazione del liberale Codice penale Zanardeli del 1889»[44].

Le pagine dedicate al «tema politico della pena di morte»[45] hanno

Salvagnoli, Vincenzo, in *DBGI*, p. 1775.

[43] M. Montorzi, *L'abolizione della pena di morte nel Granducato di Toscana*, in «Libro aperto», 2010, pp. 127-135. Su Puccioni cfr. M. P. Geri, *Tra codice e «osservanze giudiziali». Giuseppe Puccioni al crepuscolo del diritto penale del Granducato (1838-1859)*, in «Historia et ius», 19 (2021), pp. 1-74.

[44] M. Montorzi, *L'abolizione,* cit., pp. 127, 131.

[45] M. Montorzi, *Il tema politico della pena di morte. Novembre 1859 l'abolizionista Francesco Carrara sala in cattedra a Pisa*, in *Pisa dal Granducato al Regno d'Italia.*

messo in luce un altro momento del legame tra Salvagnoli e Carrara, che, in un biglietto del 20 ottobre del 1859, fu grato all'avvocato empolese, che avrebbe mantenuto la parola, nel propiziare la sua chiamata sulla cattedra a Pisa. Montorzi ha scritto di nomina «politica» di un fervente abolizionista, come docente da dodici anni di diritto criminale nel Liceo Universitario in Lucca, e soprattutto come avvocato, difensore nel 1845 di cinque imputati per rapine e grassazioni, non salvati, senza grande dolore, dal patibolo[46]. L'abolizionismo di Carrara è parso poggiare sul sentimento religioso del cattolico liberale e sulla militanza forense, forte della «pratica come formula critica», in continuità con quelle che il criminalista lucchese definì le «invettive» di «Beccaria, Sonnenfels e Feuerbach in Germania, Romagnosi e Carmignani in Italia»; Montorzi ha collocato in questo orizzonte il «Disegno» del *Programma* carrariano, tra «progetto scientifico e politica del diritto». La *Presentazione* del volume di Marco P. Geri, *Nel laboratorio di Francesco Carrara: le miscellanee giuridiche* ha inoltre mostrato la ricchezza del «laboratorio criminalistico» del penalista, dalla «cultura cosmopolita», che la storiografia ha posto «al culmine della tradizione classica». Ebbene proprio il «rovistare tra le carte della Biblioteca del giurista lucchese» è parso complicare «la tradizionale agiografia criminalistica sulla 'scuola classica del diritto penale'»[47]. Montorzi ha infatti criticato l'assunto di una «originaria scienza penale», possibile solo nell'«alveo della nascente coscienza nazionale»; sia il *Programma* che il contributo di Carrara alla codificazione penale – da deputato membro delle Commissioni Pisanelli e Mancini – sono parsi una «momento saliente e qualificato del nuovo patto di obbligazione politica», che andava costruendosi nello «Stato unitario». Al proposito Montorzi ha pubblicato la significativa «apostrofe», rivolta al maestro dagli studenti pisani il 12 Giugno 1860, in cui la «immutabilità della giustizia» non era disgiunta dall'«avanzare della scienza e dei tempi», con una chiusura evocativa di quella «comune patria, che siamo così prossimi a chiamare ITALIA»[48].

Istituzioni, economia e società al tempo di Bettino Ricasoli, A. Breccia (cur.), Pisa 2009, pp. 25-40.

[46] M. Montorzi, *Francesco Carrara*, cit., p. 480.

[47] M. Montorzi, *Presentazione* in Marco P. Geri, *Nel laboratorio di Francesco Carrara: le miscellanee giuridiche*, Torino 2003, pp. 7-14, poi intitolato *Tra progetto scientifico e politica del diritto: dentro il Programma del Corso di diritto criminale di Francesco Carrara,* in Id., *Crepuscoli granducali*, cit., pp. 229- 241ss; Id., *Francesco Carrara,* cit., pp. 475-496. Sul tema cfr. M.P. Geri, *«Il frutto dell'unificazione italiana il più splendido». Carrara e la Biblioteca abolizionista*, Roma 2021, pp. 1-37.

[48] M. Montorzi, *L'abolizione*, cit., pp. 132-133.

Le pagine dedicate a Carrara sono anche state l'occasione per discutere, sul piano metodologico, l'approccio del «vigentista» rispetto a quello dello «storico». Montorzi ha osservato che, in un Convegno dedicato al grande lucchese, Tullio Delogu colse una «apparente disfunzione» nel *Programma*, l'idea che «esistano delitti i cui contenuti offensivi si esauriscano nel danno personalmente subito dalla vittima è del tutto estranea al nostro ordinamento […] non regge». Montorzi ha spiegato che, «esaminando più da vicino» il passo carrariano sul «principio che in certi fatti non è possibile concepire il danno immediato di tutti», si legge «la traccia di una sensibilità assai antica, che individuò nel bene della sicurezza la chiave di lettura e il concetto di collegamento tra situazione individuale e struttura sociale collettiva». La «*Sicherheit* individuale», messa a fuoco da Sonnenfels», è parsa «l'archetipo formale» del concetto carrariano, «apparentemente sfuggente e sibillino» circa un «diritto astratto, come diritto di vedere rispettata quella cosa a cui tutti hanno interesse». Montorzi ha inoltre posto il *Programma* come «scienza della previsione razionale (anche ai fini di prevenzione criminale) dei comportamenti umani nel solco evidente della lezione del Giovanni Carmignani della *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*»[49]. Nelle parole del Carrara sul «raccogliere, non creare», sulla tensione a «non a dir cose nuove ma vere», con «chiarezza», Montorzi ha letto il legame tra gli *Elementa* di Carmignani e l'«impianto» carrariano, «non genericamente astratto, ma concretamente categorico», con «categorie» poggianti sul «concreto sedimento delle ricognizioni giurisprudenziali e bibliografiche»[50].

Leggendo poi le carrariane «categorie dell'ordine razionale» Montorzi ha messo a fuoco tema cruciale, il «diritto penale» come «*teoria dei limiti: limiti* in primo luogo di garanzia, che valevano nei confronti dei poteri dello Stato e si ponevano a presidio della libertà del cittadino; limiti poi anche sanzionatori, che venivano imposti dal diritto penale alla libertà dei cittadini, ed erano causalmente destinati, nella loro articolazione formale, alla tutela della *sicurezza dei cittadini*». Il «sistema dei limiti», di matrice kantiana, per Montorzi era destinato a suggerire le «norme del codice» al legislatore nazionale, chiamato alla «scuola della ragione»[51]; il *Programma* del *Corso di diritto criminale*, dettato a Pisa, è parso uno «schema funzionale alla «normazione codicistica del diritto penale». Al proposito Montorzi

[49] M. Montorzi, *Tra progetto scientifico,* cit., p. 237.

[50] M. Montorzi, *Tra progetto scientifico e politica del diritto*, cit. p. 231.

[51] T. Padovani, *Il legislatore penale italiano alla scuola della ragione. Una introduzione allo studio del 'Programma' di F. Carrara* in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXVII (1985), pp. 705-714.

ha letto l'assunto sul delitto non «ente di fatto», ma «di diritto, non «maleficio», ma «infrazione di una norma di diritto positivo», un tratto di «sostanziale laicità» ed un carattere «rigorosamente sociale (e, in definitiva, costituzionale) del diritto penale».

La formula carrariana della «tutela giuridica», compito in capo alla «autorità» di difendere il diritto, «nell'offeso, come nell'offensore», è stata discussa da Montorzi a proposito delle critiche di Enrico Ferri dei «sillogismi astratti», lontani dalle esigenze pratiche della giustizia, un presunto limite della «Scuola classica», colto anche dalla *Storia del diritto penale italiano* di Ugo Spirito, e che Montorzi ha letto anche nel saggio di Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento: il problema dei reati politici dal 'Programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini*[52]. In quello studio del 1973 Sbriccoli collocò il celebre rifiuto del Carrara a trattare il tema politicamente nevralgico entro una «idea astratta di diritto», limite della penalistica liberale; in seguito, nel Convegno dedicato al maestro lucchese, Sbriccoli avrebbe – a su dire – riservato alle pagine carrariane «una lettura più attenta e meglio storicizzata», scrivendo di «rifiuto» a trattare di reati politici come gesto eloquente di critica dell'impianto illiberale del diritto penale politico, non disgiunto dall'impegno 'civile' del penalista ad ispirare in senso liberale l'impianto codicistico dei reati contro la sicurezza dello Stato nel codice italiano *in fieri*[53]. Montorzi ha comunque respinto certe critiche di «astratto ideologismo liberale», mosse a Carrara da Ferri, Spirito, Sbriccoli, pur da diverse prospettive 'politiche'; ha insistito nel mettere in luce il contributo 'civile', offerto dal liberalismo giuridico di Carrara all'Italia unita. Tra gli esempi si è soffermato sulla demarcazione di confini tra diritto penale e amministrativo, definito dal maestro lucchese nei termini del «magistero di polizia», poggiante sul «principio di utilità», non sempre compatibile con la «rigorosa giustizia»; da qui, tra l'altro, la critica dello Stato nazionale per la «insipienza di tutto governare con criminali

[52] M. Montorzi, *Francesco Carrara*, cit., pp. 491-492.

[53] M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento: il problema dei reati politici dal 'Programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini,* in Id., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 725-818; una rimeditazione sul rifiuto carrariano in Id., *Politica e giustizia in Francesco Carrara, ivi* pp. 487 ss. Sul Carrara penalista liberale cfr. L. Lacchè, *La «penalistica costituzionale» e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 37, 2007, pp. 663-695; G. De Francesco, *Carrara, Francesco*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero (diritto)*, 2012, *on line*; anche per indicazioni bibliografiche sia consentito di rinviare a F. Colao, *Carrara, Francesco,* in *DBGI,* cit., pp. 463-466.

processi». Montorzi ha concluso che l'idea del «magistero penale destinato a proteggere la libertà individuale» proietta l'opera del Carrara in un nuovo orizzonte, dal «crinale estremo della scuola penalistica classica» – come sostenuto già da Ferri, Spirito, Sbriccoli – ad anticipatore della «frontiera cui si indirizza il moto evolutivo del diritto penale e che accenna alla necessità di trovare un limite di livello superiore – verrebbe da pensare di livello costituzionale – all'intervento punitivo dello Stato». Carrara è parso insomma costruire un penale che «risiede nella necessità di difendere i diritti dell'uomo»; per Montorzi la «*teoria dei limiti*» fu l'annunzio di un preciso e nuovo «orizzonte normativo» – con la Costituzione fondamento e limite del punire[54] – al tempo del *Programma* «ancora da pensare ed attrezzare, di un'integrazione necessaria tra l'intervento punitivo del *magistero penale* e il superiore sindacato limitativo di controllo di un *magistero costituzionale*, ancora tutto da concepire e costruire»[55].

[54] Da ultimo anche per indicazioni M. Luciani, *Diritto penale e Costituzione*, in «Diritto penale contemporaneo», 2018, *on line*.

[55] M. Montorzi, *Francesco Carrara*, cit., pp. 493-495.

Manuel Ángel Bermejo Castrillo*

Régimen legal de la pena de muerte en España (1800-1936)

Sommario: 1. Reformismo ilustrado y humanización del sistema de penas – 2. Primera etapa liberal. El Código penal de 1822 – 3. Liberalismo moderado y doctrinario. El Código penal de 1848. – 4. Reforma conservadora. El Código penal de 1850 – 5. Período de constitucionalismo democrático. El Código penal de 1870 – 6. Restauración borbónica. Supresión de las ejecuciones públicas y progresos abolicionistas – 7. Desvío autoritario con la Dictadura de Primo de Rivera. Código penal de 1928 – 8. La Segunda República. Efímera abolición y preludio del pleno restablecimiento de la pena capital con el régimen dictatorial de Franco.

1. *Reformismo ilustrado y humanización del sistema de penas*

En el ámbito del derecho penal, el siglo XX se inicia en España con un hito de indudable trascendencia: la promulgación, en el año 1900, de una ley que venía a poner fin a la práctica secular de las ejecuciones públicas. Su inspirador, Ángel Pulido, se había distinguido en los años anteriores como el estudioso más influyente en la materia de la pena de muerte y ahora se había convertido en el principal promotor de su reforma. No obstante, el alcance de la medida debe precisarse, pues lo que se planteaba no era su desaparición, sino la supresión de la publicidad en su cumplimiento y su carácter de acontecimiento popular rodeado de todo un ritual orientado hacia la provocación de un efecto ejemplarizante.

Esto no significa que por estas fechas todavía fuese totalmente inexistente en España una opinión favorable a la abolición de la pena de muerte. Es sabido que, en el Antiguo Régimen, las leyes penales estaban inspiradas por un propósito intimidatorio y de prevención general, para cuya realización la pena capital era concebida como un instrumento particularmente adecuado. De hecho, ya con el reformismo ilustrado y en consonancia con las corrientes defensoras de una humanización del derecho penal[1], la minoración de la tradicional severidad de las penas, su

* Universidad Carlos III de Madrid.

[1] Expresión utilizada por F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid 1969, p. 408. También, J. Alvarado Planas, *La Ilustración y la humanización del Derecho penal*, en J. Alvarado Planas y M. A. Martorell Linares (coords.), *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*, Madrid 2017,

proporcionalidad con la entidad de los delitos y la supresión de las penas corporales, las mutilaciones y las degradantes en beneficio de las penas privativas de libertad, comenzaron a oírse voces que ponían en cuestión su eficacia o su pertinencia. En realidad, no se abogaba abiertamente por su abolición, que tampoco estaba en el ideario de los principales representantes de la doctrina penal europea del siglo XVIII (Beccaria, Filangieri, Bentham, Bexon, Romagnosi…)[2], pero sí se expresaban críticas frente a la amplísima gama de conductas contra las que estaba prevista su utilización - que incluía desde el robo cometido en ciertas circunstancias o lugares o la reincidencia en el hurto a todo un extenso espectro de delitos de limitada gravedad[3]-, la consiguiente elevada frecuencia de su aplicación[4] y la terrible e innecesaria crueldad de los medios de ejecución[5].

pp. 19-41. Sobre la concepción ilustrada del derecho penal: I. Ramos Vázquez, *El derecho penal de la Ilustración*, en J. Alvarado Planas y A. Serrano Maíllo (coords.), *Estudios de historia de las ciencias criminales en España*, Madrid 2007, pp. 43-68.

[2] J. M. Puyol Montero, *Algunas influencias doctrinales y legales en la regulación de la pena de muerte en la codificación penal española del siglo XX. Una aproximación al proceso de humanización de la Parte Especial de los Códigos españoles decimonónicos*, en A. Masferrer (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, Cizur Menor (Navarra) 2020, pp. 173 y 177-180,

[3] Recurramos a la descripción que nos proporciona F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, p. 359: «La legislación penal no se preocupó de mantener la proporcionalidad de la pena… Una misma pena para el que comete hurto doméstico, por pequeño que sea, en Madrid, y para quien roba con violencia en despoblado; una misma pena para el padrino de un desafío entre nobles y para el monedero falso; una misma pena para el bandido que tiene aterrorizada a una comarca y para el hombre que tiene trato carnal con un animal. Y esa pena es siempre la muerte».

[4] Sobre esta frecuencia proporciona algunas cifras P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, Madrid 2008, pp. 15-16, quien sostiene que parece indiscutible que el número de las ejecuciones fue aumentando a medida que se resquebrajaban las estructuras del Antiguo Régimen: «En Madrid, según los datos de la Hermandad de la Paz y la Caridad […] durante el largo reinado de Felipe V se ejecutaron 112 condenas a muerte, 60 bajo Fernando VI, 121 con Carlos III y 61 en la época de Carlos IV. En tiempos de la Guerra de la Independencia…se contabilizaron 183 ejecuciones. Después, las cifras de ajusticiamientos todavía se multiplicaron más, en el reinado de Fernando VII hasta llegar a los 259, y con Isabel II a 221».

[5] En este sentido se manifestaba, por ejemplo, M. de Lardizábal Uribe, *Discurso sobre las penas: contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid 1782 (edición facsímil, Granada 1999), pp. 184-185: «…Las supremas Potestades tienen un derecho legítimo para imponer la pena capital, siempre que sea conveniente y necesaria al bien de la república; y siéndolo, efectivamente, en algunos casos, no sería justo, ni conveniente proscribirla de la legislación; aunque la humanidad, la razón y el bien mismo de la sociedad piden que se use de ella con la máxima circunspección posible…»; «…es una

Como reflejo de esta incipiente tendencia, en 1722 Melchor de Macanaz elevó un escrito al rey Felipe V -que en 1734 había dictado una pragmática dirigida a reprimir los hurtos y violencias, célebre por su severidad[6]- titulado *Auxilios para bien gobernar una Monarquía Católica*[7], en el que se manifestaba con argumentos utilitaristas contra la pena de muerte[8]. Y con cercanos razonamientos, en 1776, el secretario de Estado y de Despacho de Carlos III, Manuel de Roda, trasladó mediante oficio al Consejo de Castilla la consulta formulada por el monarca acerca de si la pena de muerte, que -decía- estaba siendo desterrada en algunos países

máxima cierta y muy conforme al fin de las penas que deben siempre preferirse aquéllas que, causando horror bastante en los que las vean executar, sean lo menos crueles que fuere posible en la persona del que las sufre…». Y también, años después, J. Marcos Gutiérrez, *Práctica criminal de España*, Madrid, Benito García, 1805-1806, vol. III, Discurso sobre los delitos y las penas, p. 88: «Pero aunque dudosos y tímidos sobre si ha de conservarse o borrarse del todo la pena de muerte en los códigos penales, estamos bien ciertos de que en el primer caso deberá usarse de ella con la mayor circunspección y no derramarse la sangre humana sino con la más avara economía, para que…no recaigamos en los inconvenientes de multiplicar el número de algunos delitos, de dejar otros impunes y de disminuir en vez de aumentar el vigor de la misma pena…»; p. 90: «…lejos de nosotros para siempre las ruedas, los hornos encendidos, las calderas de aceite hirviendo, el plomo derretido, el desquartizar los hombres vivos, los arrancamientos con tenazas de pedazos de carne humana, las camisas de azufre y, en fin, aquellos suplicios lentos inventados para atormentar largo tiempo a los infelices reos». Véase, G. Landrove Díaz, *La abolición de la pena de muerte en España*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 34 (I, 1981), pp. 18-20. También J. Antón Oneca, Historia del Código penal de 1822, en «*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*», XVIII (fascículo II, mayo-agosto 1965), p. 264.

[6] En esta pragmática, de 23 de febrero de 1734, se ordenaba que los jueces ordinarios impusieran la pena de muerte a cualquier individuo mayor de diecisiete años que, dentro de la corte y en las cinco leguas de su distrito, robara a alguien cuando entrara en su casa o le asaltase en calles y caminos, tanto si actuaba con armas como sin ellas, en solitario o con compañía, y aunque no le matase ni la causara heridas; si su edad fuese superior a quince años pero menor de diecisiete, la pena sería de doscientos azotes y diez años de galeras. *Pragmática sanción que su Magestad ha mandado promulgar contra los que cometiesen en la Corte y las cinco leguas de su Rastro y Distrito el crimen de hurto…y penas que por ella se les imponen*, Madrid 1734.

[7] Melchor de Macanaz, *Auxilios para bien gobernar una Monarquía Católica, o documentos justos, que dicta la experiencia, y aprueba la razón, para que el Monarca merezca justamente el nombre de Grande*. París, 29 de agosto de 1720. *Semanario Erudito*, publicado por Antonio Valladares, tomo V, Madrid 1787.

[8] Su tesis de que una pena perpetua intimida más al delincuente que la pena capital fue después desarrollada por Beccaria. J. R. Casabó Ruiz, *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 22 (2, 1969), pp. 313-314.

cultos, podría ser conmutada por otro castigo de larga duración para que el efecto ejemplarizante fuera más permanente, sirviese de corrección y enmienda a los propios reos y de beneficio público los trabajos impuestos a los penados[9]. Sin olvidar al padre benedictino Martín Sarmiento, que algunos años antes también se había manifestado contra la pena capital, aduciendo que siempre sería más útil a la sociedad un vivo que un muerto, si se le separaba de ella y se le hacía trabajar[10].

Eran, con todo, pronunciamientos aislados que encontraron muy escaso eco[11] y ningún reflejo en la legislación penal aplicable, que a comienzos del siglo XIX estaba constituida por las pragmáticas y autos acordados recogidos en la Novísima Recopilación de 1805, con las Siete Partidas, el

[9] J. R. Casabó Ruiz, *Los orígenes de la codificación penal en España*, pp. 320-322. La cuestión planteada por Manuel de Roda respondía al deseo de Carlos III de someter a revisión la vigencia de la mencionada Pragmática de Felipe V, de 23 de febrero de 1734. Precisamente, atendiendo a esta consulta, el Consejo encargó a Manuel de Lardizábal que propusiera una reforma de las leyes penales contenidas en las recopilaciones, lo que éste concreto en su célebre, arriba citada, obra *Discurso sobre las penas*. Sobre Lardizábal y su proyecto de código, interesan también: J. Antón Oneca, *El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», XX, n. 174 (julio-septiembre 1966), pp. 597-606. Para una aproximación a su figura: J. L. Orella Unzué, *Don Manuel de Lardizábal y Uribe (Txascala, 1734 -Madrid, 1820) consejero de Castilla y firmante del Estatuto de Bayona*, en D. M. Sánchez-González (cur.), *Corte y Monarquía en España*, Madrid 2003, pp. 111-152; J. Baró Pazos, *Manuel de Lardizábal entre la tradición y el reformismo*, en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, Valencia 2007, I, pp. 217-227.

[10] «Estoy en que por malvado que sea un Hombre, será más útil vivo que muerto a la Sociedad; si se le separa de ella a un sitio donde se le haga trabaxar. Es otro de que un castigo de muerte sirve para escarmiento a otros; está bien pensado; pero no corresponde en la práctica». P. M. Sarmiento, *Impugnación del escrito de los abogados de Coruña contra los foros benedictinos*, en *Obras*, XV, Madrid 1782, p. 225-226. Véase: L. Rodríguez Ennes y P. Allegue Aguette, *Reflexiones sobre algunas ideas punitivas del P. Sarmiento*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 45 (3, 1992), p. 876. La aparición de otras opciones más útiles que la pena de muerte para la sociedad y para el Estado, como era el aprovechamiento de la fuerza de trabajo de los condenados, adquirió un peso muy relevante entre las alegaciones que apoyaron a lo largo del siglo XVIII la petición de una reforma de la legislación relativa a la pena capital. A. Bádenas Zamora, *Referentes para la regulación de la pena capital en la Codificación española en el siglo XIX*, en A. Masferrer (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte general*, Cizur Menor 2017, pp. 554-557.

[11] Una visión sintética de la evolución de esta corriente de pensamiento, que abogaba por la reforma de la legislación relativa a la pena capital en el siglo XVIII, la proporciona A. Bádenas Zamora, *Referentes para la regulación de la pena capital en la Codificación española en el siglo XIX*, cit., pp. 554-559 y 564-566.

Fuero Real, el Fuero Juzgo y el derecho municipal, allí donde éste seguía vivo, como derecho supletorio[12]. Es cierto que la enorme brutalidad tradicional de los métodos de ejecución, que admitían su condición de pena corporal graduable mediante el acompañamiento de suplicios y, en ocasiones, de la práctica de despiadados actos denigrantes contra el reo o su cadáver[13], empezó a exhibir una abierta incompatibilidad con la creciente sensibilidad doctrinal contraria a estos excesos y la propia actitud de los jueces y tribunales, tendentes a utilizar su margen de discrecionalidad para atemperar la desmesurada severidad de las penas[14]. Lo que, en un primer avance, aunque sin despojarle de la finalidad ejemplarizante y disuasoria que se perseguía con el ajusticiamiento público, condujo en la Francia revolucionaria a prescindir de tales tormentos previos y a establecer un mecanismo más rápido y eficaz como era la decapitación mediante la guillotina. E, igualmente, en España alentó la sustitución, dictada en 1809 por José Bonaparte[15] -aunque sin verdadera efectividad[16]-, y adoptada,

[12] J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española*, 5, *Codificación penal*, Madrid 1970, vol. I, pp. 15-16.

[13] Describe en detalle las costumbres y ritos que acompañaban al procedimiento de ejecución: P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 18-23.

[14] Así lo confirman testimonios como el de M. Ortiz de Zúñiga, *Práctica general forense. Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y procedimientos judiciales*, 4ª edición, Madrid 1861, I, pp. XIII-XIV, al agradecer la rectitud y buen juicio de los magistrados, que, en general, no abusaron del omnímodo y terrible poder que les había sido conferido. Sobre esta cuestión, A. Bádenas Zamora, *Referentes para la regulación de la pena capital en la Codificación española en el siglo XIX*, pp. 553-554. En igual sentido, respecto al periodo que estudia, J. Baró Pazos, *El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 83 (2013), pp. 105-138.

[15] *Decreto de 19 de octubre de 1809. En que se establece que la pena de garrote se usará para todo reo de muerte sin excepción y que el reo condenado se entenderá degradado por sola la sentencia*. Recogido en *Prontuario de las Leyes y Decretos del Rey Nuestro Señor Don José Napoleón I. Del año 1808*, 2ª edición, Madrid 1810, I, pp. 415-416. Además, se reducía a veinticuatro horas el tiempo de estancia del reo en capilla y se suprimía la pena de infamia que, normalmente iba aparejada a la condena a la horca.

[16] J. M. Puyol Montero, *La pena de garrote durante la Guerra de la Independencia: los decretos de José Bonaparte y de las Cortes de Cádiz*, en «Cuadernos de Historia del Derecho», vol. extraordinario (2010), p. 577, lo achaca, principalmente, a la falta de garrote y la necesidad de actuar de forma expeditiva en la ejecución de las numerosas sentencias, para lo que era más adecuado recurrir al ahorcamiento.

después, por las Cortes de Cádiz[17], del estrangulamiento en la horca[18] por el medio más seguro y expeditivo, pero también estremecedor, del garrote[19], que era hasta entonces el mecanismo establecido exclusivamente para el ajusticiamiento de los nobles, y que, pese al nuevo paréntesis abierto por la derogación de toda la obra legislativa gaditana por Fernando VII, a su regreso al trono en 1814[20], acabaría imponiéndose, con alguna intermitencia, durante más de un siglo y medio. No obstante, la creencia en la justicia intrínseca y la función garantizadora del orden social a través del poder aleccionador y de intimidación atribuidos a la pena capital tardaría todavía muchas décadas en ponerse en entredicho, por lo que los códigos penales promulgados a lo largo del siglo XIX se mantuvieron firmes en la adhesión a su pervivencia[21].

[17] En la sesión de 13 de diciembre de 1811, junto a otras decisiones importantes, como la abolición del tormento, de la confiscación de bienes y de la infamia que pudiera contaminar a los parientes, se acordó eliminar la pena de azotes y la de horca, por considerar ésta "indigna de una Nación civilizada (*Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, tomo 3, n. 437, folio 2422). En consecuencia, se dictó un Decreto, de 24 de enero de 1812, que, declarando perseguir que el suplicio de los delincuentes no ofreciera un espectáculo demasiado repugnante a la humanidad, establecía: «[…] Que desde ahora quede abolida la pena de horca, sustituyéndose por la de garrote para los reos que sean condenados á muerte […]». El acuerdo que dio contenido a este decreto en: *Diario de Sesiones de las Cortes generales y Extraordinarias,* tomo 4, 14 de diciembre de 1811, folio 669. *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha en 1811*, Madrid 1813.

[18] El ahorcamiento constituyó el medio más habitual de ejecución a lo largo de la Edad Moderna, desplazando a la decapitación y la hoguera hasta convertirse en el procedimiento ordinario. J. M. Puyol Montero, *La abolición de la pena de horca en España*, en «*Cuadernos de Historia del Derecho*», 4 (1997), p. 95. Además del ahorcamiento, en el siglo XVIII todavía se practicaban excepcionalmente otros medios de ejecución: la decapitación, que había caído en desuso, la muerte en la rueda, el asaetamiento, reservado para los casos de Hermandad, y la hoguera, también utilizada de manera muy aislada. D. Silva Forné, *La codificación penal y el surgimiento del Estado liberal en España*, en «Revista de Derecho Penal y Criminología», 2ª época, 7 (2001), p. 237.

[19] J. M. Puyol Montero, *La pena de garrote durante la Guerra de La Independencia: los decretos de José Bonaparte y de las Cortes de Cádiz*, p. 573; F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, cit., pp. 383-385. Sobre la aplicación del garrote en España: P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, cit., pp. 9-13 («Larga historia del garrote español»).

[20] Véase J. M. Puyol Montero, *The Dead Penalty in Nineteenth Century Spain*, en J. M. Puyol Montero (coord.), *Studies on life, human dignity and law*, Valencia 2017, pp. 98-99.

[21] Una visión general sobre la codificación penal en España: J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española*, 5, *Codificación penal*, Madrid 1970, 2 voll.

2. *Primera etapa liberal. El código penal de 1822*

El Código Penal de 1822[22] fue promulgado durante el breve periodo -el denominado trienio liberal (1820-1823)- de revitalización del revolucionario orden constitucional instaurado en 1812 por las Cortes de Cádiz[23]. Aunque en el seno de la comisión que se ocupó de su elaboración se formularon opiniones favorables a su erradicación[24], en el texto definitivo se establecía la pena de muerte[25] como la primera de las catalogadas como corporales[26], siendo aplicada en todos los casos por

[22] Sobre el contenido del Código de 1822 interesan J. Antón Oneca, *Historia del Código Penal de 1822*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», t. XVIII, fascículo 2 (mayo-agosto 1965), pp. 263-278; J. Cuello Contreras, *Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 30 (I, 1977), pp. 83-110; M. Torres Aguilar, *Génesis parlamentaria del código penal de 1822*, Messina 2008, y *El proceso de la primera codificación penal y la Constitución de Cádiz*, en J. A. Escudero López (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, 2011, II, pp. 442-468; J. Cañizares Navarro, *El Código Penal de 1822: sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico (desde el s. XX)*, en «Glossae, European Journal of Legal History», 10 (2013), pp. 108-136.

[23] Desde la perspectiva político-criminal, se trataba de un Código de signo claramente liberal, si bien abundan los vestigios del sistema legal penal tradicional, como es propio de un momento de inflexión entre dos modelos diferentes. En este sentido, D. Silva Forné, La Codificación penal y el surgimiento del Estado liberal en España, cit., p. 273, ha sostenido su carácter de Código de transición.

[24] En su sesión de 17 de diciembre de 1821, el diputado Calatrava, portavoz de la Comisión redactora, dio cuenta de los pronunciamientos realizados en pro de su supresión o su limitación por la Universidad de Alcalá de Henares y los Colegios profesionales de Cádiz y Madrid, pero apuntando que «…la comisión, con harto sentimiento suyo, ve que no estamos en circunstancias que lo permitan, ni nos dejen la esperanza de verla suprimida tan pronto como quisiera…»: *Diario de las Sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, n. 84, de 17 de diciembre de 1821, folio 1331. Véase, A. Carretero Sánchez, *La discusión sobre la pena de muerte en el primer Código Penal español de 1822: una perspectiva histórica*, en «La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía», 3 (1998), pp. 1620-1621. También, E. Cuello Calón, *Vicisitudes y panorama legislativo de la pena de muerte*, en «Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales», 6.3 (1953), pp. 498-499.

[25] J. Antón Oneca, *Historia del código penal de 1822*, p. 270, señala que los autores del código conocían las obras de los principales representantes del iusnaturalismo francés y de la filosofía utilitarista, y en particular las de Montesquieu, Beccaria, Bexon, Bentham y Filangieri, dejando todos ellos su huella en la regulación de la pena de muerte. L. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires 1964, vol. I, p. 758, añadía a esta relación a Diderot, Morellet y Helvetius.

[26] Las restantes eran: los trabajos perpetuos, la deportación, el destierro o extrañamiento

medio del garrote "sin tortura alguna, ni otra mortificación previa de la persona"[27], no llevando incorporada pena de infamia, salvo en el caso de que con ella se castigase la traición[28], y estando sometido su procedimiento de ejecución a una detallada regulación[29], en la que es visible la influencia[30] del utilitarismo de Bentham[31], bien conocido por José María Calatrava,

perpetuo del territorio español, los trabajos en obras públicas, el presidio, la reclusión en una casa de trabajo, la visión de la ejecución de una sentencia de muerte, la prisión en una fortaleza, y el confinamiento en un pueblo o distrito. *Código Penal de 1822*, [artículo 28]. Utilizo la edición del *Código Penal español decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, Imprenta Nacional, 1822, recogida en J. Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos y L. Ruiz de Gordejuela López, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Madrid 2022, I, pp. 17-189.

[27] *Código Penal de 1822*, [artículo 38]: «El reo condenado á muerte sufrirá en todos los casos la de garrote, sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona, sino en los términos prescritos en este capítulo». El objetivo de esta limitación era, según J. Martí Soro, *La pena de muerte en los códigos penales españoles*, en «Boletín de información del Ministerio de Justicia», n. 921 (25 de julio de 1972), 3-13, p. 6, era simplemente hacer morir sin hacer sufrir.

[28] *Código Penal de 1822*, [artículo 30]: «Ninguna otra pena lleva consigo la infamia, sino únicamente la de trabajos perpetuos y la de muerte por traición. En las demas no hay infamia sino cuando la ley la declare espresamente al delito».

[29] *Código Penal de 1822*, [artículos 31 a 46]. Para J. Antón Oneca, *Historia del Código Penal de 1822*, p. 271 se trataba de la más impresionante regulación sobre el modo de ejecutar la pena capital, la representación de un drama grandioso, cuidado hasta los últimos detalles, en el que el Estado hacía un despliegue de fuerza para demostrar su poder y la supremacía de la ley.

[30] Sobre las diversas influencias convergentes en este código interesa el ya citado trabajo de J. B. Cañizares Navarro, *El Código penal de 1822: sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico (desde el s. XX)*.

[31] Bentham demostró un gran interés en participar personalmente en la redacción del Código, explicando sus doctrinas en cartas remitidas a los parlamentarios y enviando sus obras a las Cortes para su lectura y conocimiento. En este sentido, es de gran interés su correspondencia con el marqués de Toreno: *Cartas de Jeremías Bentham al señor conde de Toreno, sobre el proyecto de Código penal presentado á las Cortes*, Madrid 1821. Como también: E. Torijano Pérez, *Salamanca, Toribio Núñez, Jeremy Bentham y el derecho penal: el informe de la Universidad de Salamanca sobre el proyecto de código penal de 1822*, en S. De Dios De Dios, J. Infante Miguel-Motta, E. Torijano Pérez (coords.), *Juristas de Salamanca. Siglos XV-XX*, Salamanca 2009, 259-310. J. M. Puyol Montero, *Algunas influencias doctrinales y legales en la regulación de la pena de muerte en la codificación penal española del siglo XX* …, pp. 179-180, señala que Bentham fue el autor más citado en los trabajos preparatorios y, quizás, en que más influyó en la configuración de la pena de muerte en los códigos de 1822 y 1848, bien directamente o bien a través de su presencia en el Código penal francés de 1810. También se citaba a Filangieri y Bexon, y en menor medida a Montesquieu y Rousseau, si bien su invocación puede responder más a una concesión a la erudición que

principal redactor del código, y, asimismo, de las tesis de Filangieri[32]. Las notas más destacadas del sistema de ejecución eran: su celebración siempre pública, por la mañana y en día no festivo, para garantizar la publicidad; la declarada intención de tratar al reo con conmiseración, permitiendo las visitas de familiares y la asistencia espiritual en los días y horas previos; la mencionada eliminación de los tormentos o mortificaciones preparatorias; la realización en un cadalso a las afueras de la población; la conducción del condenado a lomos de un mulo o jumento, atado de manos y con un letrero indicando el tipo de delito cometido; la prohibición de arengas o protestas por los asistentes; y la exposición del cadáver hasta la puesta de sol y su entrega posterior a los familiares o, en su defecto, su enterramiento o su utilización con fines médicos[33].

Como signos de un ánimo de moderación y humanización en su tratamiento, también visible en ciertos aspectos del descrito procedimiento de ejecución[34], esta pena, al igual que las de trabajos perpetuos, deportación, presidio, obras públicas, infamia y destierro, no podía ser impuesta a quién no hubiese cumplido los diecisiete años en el momento de cometerse el delito[35], y en el caso de la mujer encinta se prohibía comunicarle la sentencia

a un verdadero conocimiento de sus teorías: M. Torres Aguilar, *Génesis parlamentaria del código penal de 1822*, pp. 86-87. Sin olvidar, claro ésta, la importante presencia de la legislación tradicional castellana y de la doctrina penal española: M. A. Bermejo Castrillo, *Delitos contra la seguridad del Estado*, en A. Masferrer (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, pp. 294-295.

[32]Han destacado su presencia en este código: S. Scandellari, *Alcune note sull'influenza di Filangieri nella codificazione penale spagnola del 1822*, en A. Lucio (ed.), *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Napoli 1991, 519-527; J. Lalinde Abadía, *El eco de Filangieri en España,* en «Anuario de Historia del Derecho Español», 54 (1984), pp. 477-522.

[33] Véase, C. García Valdés, *La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», LXXXII (2012), pp. 49-50. Según J. M. Puyol Montero, *La abolición de la pena de horca en España*, cit., pp. 99-100, esta minuciosa regulación demuestra la mencionada influencia de la doctrina utilitarista de Bentham, que ponían el foco en el fin preventivo, lo que se conseguía aumentando la pena aparente - el elemento escénico de la ejecución- sin necesidad de aumentar la pena real

[34] Por ejemplo, en la ampliación del plazo entre la comunicación de la sentencia y la ejecución a más de cuarenta y ocho horas y la fijación de un máximo de nueve días entre una y otra si el reo lo solicitará para arreglar sus asuntos, o en que se procurase que el reo recibiese atención durante el tiempo de espera en capilla [artículos 31 y 32].

[35] *Código Penal de 1822*, [artículo 64]: «En ningun caso se podrá imponer pena de muerte ni de trabajos perpetuos, deportacion, presidio, obras públicas, infamia ni destierro al que cuando cometió el delito fuere menor de diez y siete años cumplidos […]».

y ajusticiarla antes de haber transcurrido cuarenta días desde el nacimiento, a menos que ella misma lo permitiera expresamente[36]. Particularmente reseñable es, además, la curiosa solución adoptada para evitar el perturbador espectáculo de las ejecuciones múltiples dictadas por la comisión de delitos colectivos[37], consistente en sortear su consumación entre los condenados a la pena capital, siéndoles conmutada a los liberados por la de trabajos forzados y la obligación de ver morir a los infortunados[38]. Señala Puyol Montero que, a principios del siglo XIX, comenzaba a cuestionarse la eficacia atemorizadora y ejemplarizante de las ejecuciones escenificadas con el tradicional despliegue de rituales morbosos y sufrimientos adicionales, abundando las manifestaciones de rechazo de quienes consideraban que producían un efecto contrario al perseguido, especialmente entre las personas más sensibles, como mujeres y niños[39]. Aunque tampoco faltaban vestigios de las siniestras prácticas anteriores, como la supervivencia de la pena consistente en presenciar el ajusticiamiento de un sentenciado a

[36] *Código Penal de 1822*, [artículo 68]: «Ninguna sentencia en que se imponga pena á muger embarazada se notificará á esta, ni se ejecutará, hasta que pasen cuarenta dias despues del parto, á no ser que ella misma lo permita espresamente; pero la sentencia de muerte que cause ejecutoria, no se le notificará ni se ejecutará nunca hasta que se verifique el parto y pase la cuarentena».

[37] A. Bádenas Zamora, *Referentes para la regulación de la pena capital en la Codificación española del siglo XIX*, pp. 573-574, sostiene, seguramente con fundamento, que, precisamente, se perseguía eludir el terrible espectáculo proporcionado por las ejecuciones masivas. A su vez, F. J. Álvarez García, *La pena de muerte en el primer tercio del siglo XIX español*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 252, 1 (1982), p. 74, que ve antecedentes de este precepto en las Ordenanzas Militares de Carlos III, apunta que, junto al fin anterior, confluía la idea de que, desde la perspectiva retributiva, era suficiente un número limitado de ejecuciones para considerar castigado el delito y logrado el propósito de ejemplaridad.

[38] *Código Penal de 1822*, [artículo 103]: «Cuando la ley imponga pena fija y determinada se impondra esta irremisiblemente, sin necesidad de distinguir el grado del delito. Pero se declara que cuando por una misma causa ó por un mismo juicio incurrieren en pena de muerte más de tres reos, no todos deberán sufrirla, aunque todos deberán ser condenados en la sentencia. Si no llegaren á diez, la sufrirán tres solos. Si llegaren á diez, cuatro; si llegaren á veinte, cinco; y asi sucesivamente, aumentándose por cada diez uno. A este fin serán sorteados todos los comprendidos en la sentencia; y aquellos á quienes no tocare la suerte serán destinados á trabajos perpetuos después de ver ejecutar la pena capital en sus compañeros…».

[39] J. M. Puyol Montero, *Algunas influencias doctrinales y legales en la regulación de la pena de muerte en la codificación penal española del siglo XX* …, p. 176, y, desde una perspectiva general: *La publicidad en la ejecución de la pena de muerte: las ejecuciones públicas en España en el siglo XIX*, Madrid 2001.

morir[40], o de la materialización de la ejecución, con todo su ritual, del reo de muerte que ya hubiera fallecido, pero después de serle comunicado el fallo condenatorio[41].

A pesar de los mencionados avances, la solución de la pena de muerte afloraba en el código con bastante prodigalidad[42], para castigar los delitos considerados más atroces, y, además, siempre como pena única para el supuesto delictivo tipificado, sin dar opción a una gradación en función de las circunstancias concurrentes.

Los delitos para los que estaba reservada, dentro de los catalogados como atentatorios contra la libertad de la nación, eran los constitutivos de traición[43], si bien esta calificación se extendía a conductas que, más bien, cabría sistematizar como delitos políticos. En concreto, conspirar directamente para alterar la Constitución política de la Monarquía española o el gobierno monárquico hereditario establecido por ésta; impedir o maquinar para obstruir la celebración de las Cortes ordinarias o extraordinarias en las épocas y casos señalados por la Constitución, intentar disolverlas o perturbar sus sesiones o deliberaciones; tratar de

[40] *Código Penal de 1822*, [artículo 62]: «El reo condenado á ver ejecutar la sentencia de muerte impuesta á otro, será conducido con el reo principal, en pos de él y en igual cabalgadura; pero con sus propias vestiduras, descubierta la cabeza y atadas las manos, Llevará tambien en el pecho y espalda un cartel que anuncie su delito de cómplice, auxiliador, encubridor &c., y será comprendido en los pregones, permaneciendo al pie del cadalso ó tablado mientras se ejecuta el castigo principal».

[41] *Código Penal de 1822*, [artículo 33]: «Si en el intermedio de la notificacion á la ejecucion muriere el reo, natural ó violentamente, será conducido su cadáver al lugar del suplicio con las mismas ropas que hubiera llevado vivo, y en un féretro descubierto, el cual será puesto al público sobre el cadalso por el ejecutor de la justicia al pie del sitio de la ejecución…»

[42] Esta abundancia de delitos punibles con la máxima pena, unida al anclaje, visible, todavía, en los diversos aspectos mencionados, al sistema penal tradicional, justifica que C. García Valdés, *La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias*, cit., p. 48, caracterice a este código como asociado aún al Antiguo Régimen.

[43] En la regulación de estos delitos, es evidente una fuerte inspiración en el Código napoleónico de 1810, del que se ofrecía una versión recargada, retórica y prolija: M. A. Bermejo Castrillo, *Delitos contra la seguridad del Estado*, p. 295. Con carácter general: I. Ramos Vázquez y J. B. Cañizares Navarro, *La influencia francesa en la primera codificación española: el Código penal francés de 1810 y el Código penal español de 1822*, en A. Masferrer (ed.), *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a las influencias extranjeras y a la francesa en particular*, Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 193-270, con base en el análisis de las obras jurídico-penales publicadas y los debates parlamentarios celebrados antes y durante el proceso de redacción y aprobación.

disolver la Diputación permanente de Cortes o no permitir el libre ejercicio de sus funciones; y aconsejar o auxiliar al Rey - a quien no se trasladaba responsabilidad alguna - para cometer cualquiera de los actos anteriores[44].

Asimismo, se consideraban delitos de traición que llevaban aparejada la pena de muerte diversas acciones relacionadas con el tradicional crimen de lesa majestad: conspirar directamente contra la persona del Rey, con el fin de matarle, herirle, prenderle o maltratarle, añadiéndose, en el caso de lograr su muerte, el castigo previsto para el parricidio; conspirar contra la vida de la Reina, el Príncipe de Asturias o el legítimo sucesor de la Corona; maquinar para destronar al Rey, para usurpar o arrogarse su posición, para privarle de su legítima autoridad o de las prerrogativas o facultades atribuidas por la Constitución o para alterar el orden de sucesión[45]; y también, en el caso de los Regentes del reino, no entregar el gobierno al Rey después de haberle designado las Cortes como Príncipe de Asturias y haber cumplido los dieciocho años, o bien al sucesor legítimo tras haber obtenido éste, prestando juramento, el reconocimiento de dicha condición[46].

[44] *Código Penal de 1822*, [artículo 188]: «Toda persona de cualquiera clase que conspirare directamente y de hecho á trastornar ó destruir ó alterar la Constitución política de la Monarquía Española, ó el gobierno monárquico moderado hereditario que la misma Constitución establece, será perseguida como traidor, y condenada á muerte»; [artículo 189]: «Cualquiera que impidiere ó conspiraré directamente y de hecho á impedir la celebración de Cortes ordinarias ó estraordinarias en las épocas y casos señalados por la Constitucion, ó hiciere alguna tentativa para disolverlas, ó embarazar sus sesiones y deliberaciones, es también traidor, y sufrirá la pena de muerte»; [artículo 190]: «Asimismo es traidor, y sufrirá la propia pena, el que hiciere alguna tentativa para disolver la Diputacion permanente de Cortes, ó para impedirle el libre ejercicio de sus funciones»; [artículo 191]: «Cualquiera que aconsejare ó auxiliare al Rey en cualquiera tentativa para alguno de los actos espresados en los tres artículos precedentes, es tambien traidor, y sufrirá la pena de muerte».

[45] *Código Penal de 1822*, [artículo 219]: «Todo el que conspirare directamente y de hecho contra la sagrada é inviolable persona del Rey con el designio de matarle, herirle, prenderle maltratarle de obra, es traidor, y sufrirá la pena de muerte. Si de este modo llegare alguno á quitar la vida al Rey, será castigado ademas como parricida»; [artículo 220]: «Tambien es traidor y sufrirá la pena de muerte el que en igual forma conspirase directamente y de hecho contra la vida ó la persona de la Reina, ó del Príncipe de Asturias, ó del legitimo é inmediato sucesor de la corona»; [artículo 221]: «El que conspirase directamente y de hecho á destronar al Rey, ó á privarle de su legítima autoridad, o á despojarle de las prerrogativas y facultades que le concede la Constitucion , ó a trastornar á alterar el orden de suceder en la corona, es igualmente traidor, y sufrirá la pena de muerte»; [artículo 222]: «El que conspirare de la propia manera á usurpar y arrogarse la autoridad real, es tambien traidor, y sufrirá la misma pena».

[46] *Código Penal de 1822*, [artículo 224]: «Los Regentes del reino que no entregaren el gobierno del mismo al Rey despues de haberle reconocido las Cortes como Príncipe de

Igualmente, se declaraba merecedor de la máxima pena a quien conspirase para establecer otra religión en los territorios españoles o para que en España se dejará de practicar la religión católica apostólica romana[47], lo que confirmaba y apuntalaba la rígida confesionalidad del Estado[48].

Idéntico castigo se señalaba para quienes cometiesen determinados delitos contra la seguridad exterior del Estado. Aunque en su primer capítulo: «De los que comprometen la existencia política de la Nación o esponen al Estado a los ataques de una Potencia extranjera», se introducía un factor de confusión, pues, junto a una serie de actuaciones delictivas que, por su enorme gravedad, encajaban dentro de los contornos que tradicionalmente configuraban la traición, siendo merecedoras de las penas más contundentes, se integraban otras de patente menor entidad y naturaleza netamente política, que eran más acordes con lo que en la terminología de los códigos posteriores podríamos calificar como delitos contra la paz o la independencia del Estado, y que eran reprimidas con menor severidad. Así, entre las primeras se incluían: en tiempo de guerra o de existencia de enfrentamientos contra otra nación, tomar las armas para servir en el ejército adversario o combatir contra la patria propia; incitar, mediante emisarios, correspondencia o cualquier otro medio, a una potencia extranjera, sus ministros o agentes a emprender una guerra o desatar hostilidades contra España o sus aliados, si bien en el caso de no haber surtido efecto estas maniobras al tiempo del juicio, o si no existiera peligro inmediato de que lo hicieran, la pena sería la de caída en infamia y deportación; en iguales circunstancias, proporcionar a algún Estado enemigo o a sus aliados algún plan, noticia o instrucción sobre la situación política, económica o militar del país, o bien recursos, auxilios, planos de fortificaciones, puertos, arsenales o cualquier otra información de valor

Asturias, é inmediatamente que cumpla diez y ocho de edad, son traidores, y sufrirán la pena de muerte»; [artículo 225]: «Iguales penas sufrirán los Regentes del reino que no entregaren el gobierno de este al sucesor legítimo de la corona, luego que por no haber sido reconocido antes como Príncipe de Asturias preste en las Cortes el juramento prescrito en el artículo 173 de la Constitucion».

[47] *Código Penal de 1822*, [artículo 227]: «Todo el que conspirare directamente y de hecho á establecer otra religion en las Españas, ó á que la Nacion española deje de profesar la religion católica apostólica romana, es traidor, y sufrirá la pena de muerte».

[48] En su discusión parlamentaria, el diputado Toreno manifestó que este precepto alimentaba la intolerancia, siendo la tendencia del siglo respetar a cada uno en sus creencias. Por su parte, Garelli opinaba que el régimen establecido era aún más severo que el de las Partidas (*Diario de Sesiones del Congreso*, n. 106, 1712, Disc. III, 6. Recogido por J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española*, V, *Codificación penal*, I, pp. 117-118).

estratégico, aunque, se exceptuaba de esta consideración la correspondencia mantenida con súbditos del país enemigo sin albergar un propósito criminal; facilitar, de hecho o mediante asesoramiento, la entrada de tropas enemigas o de sus aliados en territorio español, o entregar o propiciar la toma de alguna ciudad, pueblo, plaza de armas, castillo, fortaleza, arsenal, puerto, buque o fábrica de municiones; desertar o pasarse al enemigo o provocar que otros lo hicieran; y espiar a favor de los enemigos de España o de sus aliados, o bien dar acogida, ocultar, proteger o auxiliar a quienes desarrollasen estas actividades[49]. Estas disposiciones se declaraban, además,

[49] *Código Penal de 1822*, [artículo 250]: «Cualquiera español que en tiempo de guerra ó de hostilidades con otra ú otras naciones tomare las armas para servir en el ejército ó armada de los enemigos, ayudarles y hacer la guerra á su patria, es traidor, y sufrirá como tal la pena de muerte»; [artículo 251]: «El español que por medio de emisarios ó de correspondencia, ó por cualquier otra inteligencia, intriga ó maquinacion con alguna ó algunas Potencias estrangeras, ó con sus ministros ó agentes, procurare escitarlas, inducirlas ó empeñarlas á emprender la guerra, ó cometer hostilidades contra España ó sus aliados, es tambien traidor, y sufrirá la pena de muerte. Sin embargo si la escitacion no hubiere llegado á surtir efecto alguno al tiempo del juicio, ni hubiere entonces peligro inmediato de que lo surta, será castigado el reo con la pena de infamia y la de deportación»; [artículo 252]: «Es igualmente traidor, y sufrirá la pena de muerte, cualquier español que por alguno de los medios espresados en el artículo precedente comunicare a los enemigos de España ó de sus aliados con el objeto de que hagan la guerra á una u otra, ó se aperciban para ella, ó la continúen mas ventajosamente, algun plan, instruccion ó cualesquiera avisos ó noticias acerca de la situacion política, económica ó militar de la nacion ó de sus aliados ó suministrare, procurare ó facilitare á dichos enemigos recursos, auxilios, socorros, planos de fortificaciones, puertos ò arsenales, ó cualesquiera otros medios para los fines espresados. No se comprende en este artículo la correspondencia que tuviere un español con los súbditos de una Potencia enemiga sin ninguno de los designios criminales que espresan el mismo artículo y el que le precede; pero sin embargo, si el resultado de esta correspondencia fuere el de suministrar á los enemigos algunas noticias perjudiciales á España ó á sus aliados, sufirá el que la tuviere una prision de dos á ocho, con privacion de sus empleos, sueldos y honores"; [artículo 253]: «Tambien es traidor, y sufrirá la pena de muerte el español que de hecho ó de consejo facilitare ó procurare facilitar á los enemigos la entrada de sus tropas en territorio de España ó de sus aliados, ó promoviere ó hiciere por promover en igual forma los progresos de las armas enemigas contra las españolas ó aliadas de mar ó tierra, ó entregare ó procurare de hecho ó de consejo que se entregue á los enemigos alguna ciudad, pueblo, plaza de armas, castillo, fortaleza ó puesto fortificado, arsenal, almacén, parque, puerto, escuadra, huque ó fábrica de municiones perteneciente a la Nacion ó á sus aliados»; [artículo 254]: «Iguales penas sufrirán los españoles que en tiempo de guerra desertaren ó se pasaren al enemigo, ó hicieren que otros se deserten, o les ayudaren para ello á sabiendas»; [artículo 256]: «Los que sirvieren de espías á los enemigos de España ó de sus aliados sufrirán la pena de muerte; y si los reos fueren españoles, ó estuvieren al servicio de España, aunque sin carta de naturaleza, serán además considerados como traidores. Iguales penas sufrirán respectivamente los que acogieren, ocultaren, protegieren o auxiliaren voluntariamente á

de aplicación a los extranjeros que se hallasen al servicio de España, incluso si no hubieran obtenido carta de naturaleza, y a aquellos que, en tiempo de guerra, estuvieran aquí domiciliados o en tránsito[50]. En contraste, no entraba en la categoría de traidor el funcionario público que proporcionase a agentes de una potencia extranjera, aunque fuera neutral o aliada, planos de fortificaciones, puertos o arsenales colocados bajo su custodia, o desvelase alguna negociación que conociera en relación con el ejercicio de su desempeño, pero siendo, eso sí, declarado infame y deportado; al igual que cualquier otra persona que, movida por soborno, seducción, fraude o violencia lograse sustraer y entregar tal clase de documentos, para la que la pena era de diez a veinte años de trabajo forzado en obras públicas[51].

En el mismo título, pero dentro del capítulo dedicado a los delitos «contra el derecho de gentes», se contenía un grupo de preceptos encaminado a dispensar protección a los embajadores y representantes diplomáticos foráneos, estableciendo penas de notable dureza. Entre las conductas reprobadas, la considerada de mayor gravedad era la de conspirar directamente y de hecho contra la vida de un embajador, ministro plenipotenciario, residente o encargado de negocios de una Corte extranjera, que hubiese sido reconocido por el Gobierno español y existiendo conocimiento acerca de esta condición por parte del perpetrador del delito, para quien se reservaba la pena de muerte, incluso por la mera tentativa fallida[52]; ahora bien, si el autor ignorase el carácter oficial del

los espías del enemigo, sabiendo que lo son».

[50] *Código Penal de 1822*, [artículo 255]: «Las disposiciones de los seis artículos precedentes comprenden en igual forma á los estrangeros que se hallaren al servicio de España, aunque no hubieren obtenido carta de naturaleza. El estrangero de cualquiera otra clase, que hallándose en España domiciliado ó transeunte en tiempo de guerra, cometiere alguno de los delitos espresados como casos de traicion en los artículos 251, 252 y 253 ó promoviese ó auxiliase la desercion de súbditos de España al enemigo, será tratado y castigado como espía».

[51] *Código Penal de 1822*, [artículo 257]: «Cualquier funcionario publico que estando encargado por razon de su oficio del depósito de planos ó diseños de fortificaciones, puertos ó arsenales, entregare á sabiendas alguno á los agentes de una Potencia estrangera, aunque sea neutral o aliada, o les descubriera el secreto de alguna negociacion ò espedicion de que se hallare instruido oficialmente por su ministerio, será declarado infame, y condenado á la deportacion, Cualquier otra persona no encargada por razon de su oficio de dichos planos ó diseños, ó de los secretos espresados, que por soborno, seducción, fraude ó violencia lograre sustraer ó descubrir alguno de ellos, e incurrieré en el propio delito, será también infame, y sufrirá la pena de diez á veinte años de obras públicas».

[52] *Código Penal de 1822*, [artículo 262]: «El que conspirare directamente y de hecho contra la vida de un embajador, ministro plenipotenciario, ó residente, ó encargado de

desempeño profesional de la víctima, esta acción o la violencia, ultraje o injuria dirigida contra estos destinatarios - que eran castigadas con dos años de prisión - recibirían el tratamiento de delitos comunes[53].

También se atribuía la condición de traidores y, en consecuencia, se les imponía la pena de muerte por sus acciones, a los reos de rebelión calificados de primera clase; es decir, los que hubiesen participado directamente en su preparación, organización o dirección, proporcionado caudales armas, víveres o recursos indispensables o aportado tropas o la tripulación de algún barco participante en la insurrección, o bien hubieran asumido la jefatura de un grupo de sublevados, así como los funcionarios públicos y a los eclesiásticos que mediante discursos, proclamas, sermones o cualquier otra forma de declaración hubiesen provocado o estimulado el levantamiento o su continuación[54].

negocios de una corte estrangera cerca del Gobierno español, despues de reconocido y admitido por este, y sabiendo el caracter de la persona, sufrirá la pena de muerte, aunque no llegue á consumar el atentado». J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española*, V, *Codificación penal*, I, p. 80, señala que, sometido el Código a consulta, el Colegio de Abogados de Madrid, sin decirlo expresamente, pareció opinar que imponer la pena de muerte por este delito era excesivo.

[53] *Código Penal de 1822*, [artículo 263]: «El que cometiere alguna violencia, ultraje ó injuria contra las personas mencionadas en el artículo anterior y con igual conocimiento, sufrirá una prision de cuatro meses á dos años, sin perjuicio de la pena que merezca la injuria, ultraje ó violencia, segun las disposiciones comunes de este Código»; [artículo 264]: «Los delitos mencionados en los dos artículos precedentes se reputaran como delitos comunes en los casos de que los reos hubieren procedido sin conocimiento del caracter de dichas personas».

[54] *Código Penal de 1822*, [artículo 275]: «Los reos de rebelion, cuando se ha llegado á consumar esta en cualquiera de los casos sobredichos, se dividen en tres clases»; [artículo 276]: «A la clase primera corresponden como cabezas y reos principales: Primero: los que hayan propuesto, promovido directamente, organizado ó dirigido la rebelion, ó suministrado ó proporcionado para ella voluntariamente y á sabiendas caudales, armas, víveres ó municiones, en términos que sin este auxilio no se hubiese podido probablemente llevar á efecto el levantamiento, Segundo: los que para la rebelion hayan sublevado algun cuerpo de tropas ó cuadrillas de gentes armadas, ó alguna tripulación de buque, ó algun pueblo ó distrito, ó hayan sobornado, seducido u obligado á unos ú otros para el mismo fin, Tercero: los que para proteger ó fomentar la rebelion hayan usurpado el mando de algun cuerpo de tropas, de algun pueblo ó distrito, de algun puerto, fortaleza ó buque ; y los que, teniendo legítimamente el mando de alguna de estas cosas, abusaren de él para unirse con los rebeldes o entregarse á ellos. Cuarto: los que de cualquier otro modo comandaren como gefes algun pueblo, cuerpo de tropas, tripulacion de buque, ó cuadrilla de rebeldes: no entendiéndose por gefes los que de capitan inclusive abajo egerzan algún mando en los cuerpos de tropas ó en las cuadrillas; á no ser que estas obren con separación, en cuyo caso serán siempre considerados como gefes los que tengan en

En el ámbito de los delitos contra las personas, esta pena era contemplada para castigar al autor de un homicidio voluntario, que era descrito como aquél realizado espontáneamente, de manera intencionada y con premeditación, que no respondiese al mandato de una persona autorizada[55]. Al igual que se reservaba, salvo que existiera prueba de que no se quiso matar, y con el añadido de la declaración de infamia, para quien cometiese un asesinato, que estaba calificado por concurrir en el homicidio, además de la intencionalidad y la premeditación - siempre supuesta -, algunas de las siguientes circunstancias: cometer su acción a cambio de dones o promesas; hacerlo con previa asechanza, vigilancia o seguimiento, con ayuda de auxiliadores o de cualquier otro medio dirigido a sorprender; actuar con alevosía, a traición y sobre seguro, sirviéndose de situaciones ventajosas o forzándolas; emplear sustancias o bebidas venenosas; valerse de una explosión o ruina preparada para la ocasión o del fuego; infligir tormento, ferocidad o crueldad, incluso después de producirse la muerte; o utilizar el homicidio como medio para realizar o facilitar la comisión de otro delito o para castigar o vencer la resistencia opuesta por la víctima[56].

ellas el mando principal, Quinto: los funcionarios públicos y los eclesiásticos seculares ó regulares que con sus exhortaciones, discursos ó sermones pronunciados al pueblo, ó con edictos, cartas pastorales, bandos, proclamas u otros escritos oficiales hubieren causado la rebelión, ó la fomentaren directamente despues de acaecida, ó escitaren del mismo modo a continuarla. Los reos de esta primera clase son traidores, y sufrirán la pena de muerte».

[55] *Código Penal de 1822*, [artículo 605]: «Los que maten á otra persona voluntariamente, con premeditacion, y con intencion de matarla, no siendo por orden de autoridad legítima, sufrirán la pena de muerte. Es homicidio voluntario el cometido espontáneamente, á sabiendas, y con intencion de matar á una persona, siendo indiferente en este caso que el homicida dé la muerte á otra persona distinta de aquella á quien se propuso hacer el daño».

[56] *Código Penal de 1822*, [artículo 609]: «Son asesinos los que maten á otra persona no solo voluntariamente, con premeditacion y con intencion de matarla, sino tambien con alguna de las circunstancias siguientes: Primera: en virtud de dones ó promesas que se les hayan hecho previamente para que maten hieran á aquella persona, ó á otra en cuyo lugar se haya tenido á la asesinada, Segunda: con previa asechanza, ya aguardando á la persona asesinada, ó á la tenida en lugar suyo, en uno ó mas sitios para darle la muerte; ya observando la ocasion oportuna para embestirle; ya poniéndole espías ó algun tropiezo ó embarazo para facilitar la e¡ecucion; ya buscando auxiliadores para el mismo fin, ó ya empleando de antemano cualquier otro medio insidioso para sorprender á dicha persona y consumar el deliro. Tercera: con alevosía ó á traicion y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa ó desapercibida á la persona asesinada, ya llevándola con engaño ó perfidia, ó privándola antes de la razon, de las fuerzas, de las armas ó de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña ó pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este, ó ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad ó sin riesgo del agresor, ó para quitar la defensa al acometido. Cuarta: con sustancias ó bebidas venenosas ó nocivas que á

La misma consideración como asesinos recibían los salteadores y ladrones que mataran para robar o para hurtar, o bien para encubrir estos delitos, así como los cooperadores[57].

Con el asesinato era, igualmente, equiparado el parricidio, que, entendido en un sentido lato, comprendía el cometido por aquellos que, voluntariamente y con premeditación, acabasen con la vida de sus hijos, nietos, bisnietos, hermanos o tíos carnales, padrastro o madrastra, suegro o suegra, hijastro o hijastra, yerno o nuera, marido o esposa, así como con la del amo con quien habitasen o de quien percibieran un salario. Solamente se exceptuaba a las mujeres solteras o viudas que, teniendo un hijo ilegítimo y no habiendo podido darle a luz en una casa refugio o exponerlo con reserva, lo matasen dentro de las veinticuatro horas siguientes al nacimiento, para encubrir su debilidad, y siempre que éste fuese el único o principal motivo y que previamente disfrutasen de buena fama, estableciéndose para ellas la pena de quince a veinticinco años de reclusión y el destierro perpetuo hasta diez leguas en torno al pueblo en el que se cometió el delito[58]. En

sabiendas se hayan aplicado á la persona, ó se le hayan hecho tomar, ó de cualquier modo que sea. Quinta: con la esplosion ó ruina de materiales preparados para el asesinato; ó con fuego que para matar á la persona se ponga en la casa o sitio en que se halle. Sesta: con tormentos ó con algún acto de ferocidad ó crueldad, bien se cause la muerte por alguno de estos actos, bien se cometa alguno de ellos con el cadaver despues de darle la muerte, Sétima: con el fin de cometer cualquiera otro delito, ó con el de castigar la resistencia que en la ejecucion de este oponga la persona asesinada, con el de impedir que estorbe ó embarace la misma ejecución, ó que lo descubra ó detenga al delincuente despues de cometido. Los asesinos serán infames por el mismo hecho, y sufrirán ademas la pena de muerte»; [artículo 610]: «Cometido el homicidio voluntario con cualquiera de las siete circunstancias sobredichas que constituyen el asesinato, se supondrá siempre la premeditacion, sin embargo de cualquiera escepcion que alegue el reo; y solamente se admitirá la de no haber habido intencion de dar la muerte, si asi fuere, con arreglo á lo prevenido acerca de la intencion en el artículo 608».

[57] *Código Penal de 1822*, [artículo 611]: «Los salteadores y ladrones que de cualquier modo maten para robar ó hurtar, ó en el acto de hacer el robo hurto, ó despues para encubrirlo ó salvarse, serán castigados, como asesinos, cualquiera que fuere su intencion y premeditacion, sin esceptuar caso alguno. Todos los que concurran y cooperen al robo ó hurto cuando lo hagan dos ó mas, serán castigados como reos del asesinato que entonces se cometa; escepto cuando resulte claramente quien lo cometió en particular, y que los demas no tuvieron parte alguna en el homicidio, ni pudieron remediarlo, ni dejaron de hacer cuanto les fue posible para impedirlo».

[58] *Código Penal de 1822*, [artículo 612]: «Los que maten á un hijo, nieto ó descendiente suyo en línea recta, ó a su hermano ó hermana, ó á su padrastro ó madrastra ó á su suegro ó suegra ó a su entenado o entenada, ó á su yerno ó nuera, ó á su tío ó tia carnal, ó al amo con quien habiten ó cuyo salario perciban; la muger que mate á su marido, ó el marido á su muger, siempre que unos y otros lo hagan voluntariamente, con premeditacion,

el caso del parricidio en sentido estricto, es decir, la muerte del padre, la madre, el abuelo u otros ascendientes en línea recta, se consideraba esencial la existencia de dolo y el conocimiento por parte del autor del lazo de parentesco, no siendo indispensable la concurrencia de premeditación, incluso en circunstancias que expresamente la excluían, como la violencia, el ultraje o la deshonra[59], lo que lo caracterizaba como un delito inexcusable y no susceptible de admitir atenuantes, quedando al margen de las reglas generales del homicidio voluntario[60]. La especial gravedad atribuida a este tipo delictivo se reflejaba, además, en la particularidad de los elementos denigrantes incorporados al procedimiento de ejecución del parricida[61].

Finalmente, dentro del título dedicado a los «delitos contra la propiedad de los particulares», y en el capítulo destinado a los «incendios y otros

con intencion de matar, y conociendo á la persona á quien dan muerte, sufrirán las mismas penas que los asesinos. Esceptúanse las mugeres solteras ó viudas que teniendo un hijo ilegítimo, y no habiendo podido darle á luz en una casa de refugio, ni pudiendo esponerle con reserva, se precipiten á matarle dentro de las veinte y cuatro horas primeras del nacimiento, para encubrir su fragilidad; siempre que este sea á juicio de los jueces de hecho, y segun lo que resulte, el único ó principal móvil de la accion, y muger no corrompida y de buena fama anterior la delincuente. Esta sufrirá en tal caso la pena de quince á veinte y cinco años de reclusion y destierro perpetuo del pueblo en que cometió el delito, y diez leguas en contorno».

[59] *Código Penal de 1822*, [artículo 613]: «Los que maten á su padre ó madre, ó á su abuelo ó otro ascendiente en línea recta, voluntariamente, sabiendo quién es, y con intencion de matarle o herirle ó maltratarle: son parricidas, é infames por el mismo hecho, y sufrirán la pena de muerte en los términos prescritos contra el parricidio, aunque no resulte mas premeditacion, ó aunque preceda alguno de los estímulos que la escluyen segun el artículo 607».

[60] E. Iñesta Pastor, *Los delitos contra las personas en la Codificación penal española (siglos XIX y XX). Una perspectiva de Derecho comparado europeo y latinoamericano*, en A. Masferrer (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, pp. 693-694. Esta autora (pp. 694-695) señala que, en la regulación del parricidio en este código, es manifiesta la influencia del Código penal francés de 1810, si bien no se recoge la pena adicional de la amputación del puño.

[61] Así, el condenado debía vestir una túnica blanca, igual que los asesinos, y ser conducido con la cabeza descubierta y rapada, las manos atadas a la espalda y una cadena al cuello. *Código Penal de 1822*, [artículo 40]: «…El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos á la espalda, y con una cadena de hierro al cuello, llevando un estremo de esta el ejecutor de la justicia, que deberá preceder cabalgado en una mula—». Además, se prohibía su enterramiento en cementerio público: [artículo 46]: «…Esceptuánse de la entrega los cadaveres de los condenados por traición ó parricidio, á los cuales se dará sepultura eclesiástica en el campo y en sitio retirado, fuera de los cementerios públicos, sin permitirse poner señal alguna que denote el sitio de su sepultura».

daños», se aludía a su más grave manifestación: la quema intencionada de casas, chozas o embarcaciones, o de cualquier lugar habitado o edificio de un pueblo o del contiguo, aunque no estuviera habitado, o de materiales combustibles que pudieran propagar el fuego hacia alguno de los anteriores espacios o construcciones. Acción que era castigada con la pena de trabajos forzados perpetuos, ascendiendo a la pena de muerte cuando, como consecuencia del incendio, se provocase el fallecimiento de alguna persona, incluso aunque no se hubiera perseguido este propósito, siendo el autor equiparado al asesino si este funesto resultado hubiera sido buscado[62].

Si realmente llegó a ser aplicado[63], la vigencia efectiva del Código de 1822 fue muy limitada, pues en abril de 1823 se produjo la entrada en España de las fuerzas militares enviadas por la Santa Alianza, que, con el objetivo de asegurar la restauración del poder absolutista de Fernando VII, pusieron abrupto fin a esta breve experiencia revolucionaria y constitucional, que arrastró en su extinción a toda su obra legislativa[64].

[62] *Código Penal de 1822*, [artículo 787]: «Cualquiera que con intento de hacer daño hubiere puesto fuego á alguna casa, choza, embarcacion ó cualquier lugar habitado, ó cualquier edificio que esté dentro de un pueblo contiguo á él, aunque no esté habitado, á materias combustibles puestas en situacion de poder comunicar natural y ordinariamente el fuego á dichos lugares, será castigado con la pena de trabajos perpetuos; y con la de muerte si falleciere abrasada alguna persona, aunque no se hubiere propuesto abrasarla el incendiario. Si con este propósito hubiere causado la muerte por medio del incendio, será castigado como asesino».

[63] Aplicación efectiva que ha sido puesta en cuestión por J. M. Alonso y Alonso, *De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822*, en «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», 11 (febrero 1946), p. 10. Sobre esta cuestión, J. R. Casabó Ruiz, *La aplicación del Código Penal de 1822*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 32-2 (1979), pp. 333-344; A. Fiestas Loza, *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, 1977, pp. 86-87, y *Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822*, en «Revista de Historia del Derecho», II, 1 (1977-1978), pp. 55-78; F. J. Álvarez García, *Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822*, en «Cuadernos de Política Criminal», 5 (1978), pp. 229-235; J. L. Bermejo Cabrero, *Sobre la entrada en vigor del Código penal de 1822*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 66 (1996), pp. 967-972. E. De Benito Fraile, *Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código penal en 1822*, en «Foro. Nueva época», 8 (2008), 41-68; A. Manjón-Cabeza Olmeda, *Constitución de 1812 y Código penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)*, en «Revista de Derecho Penal y Criminología», 9 (enero 2013), pp. 143-172. Las pruebas que se aportan sobre su aplicación no demuestran, sin embargo, que el Código hubiese empezado a actuar como tal, es decir, derogando las leyes y los precedentes judiciales anteriores: A. Agüero y M. Lorente, *Penal enlightenment in Spain: from Beccaria's reception to the first criminal code*, en «Forum Historiae Iuris» (http://www.forhistiur.de/) 15 de noviembre 2012, p. 59.

[64] Sobre este periodo de transición entre los códigos de 1822 y 1848, tenemos el ya citado

Derogación que significó una revitalización de las leyes penales contenidas en la *Novísima Recopilación* de 1805 y, subsidiariamente, en las Siete Partidas[65], y la recuperación de los antiguos medios de ejecución de la pena capital[66], y en particular del ahorcamiento -quedando el garrote reservado a los nobles[67]-, si bien el empleo de la horca fue definitivamente abolido mediante una real cédula de 28 de abril de 1832 de Fernando VII[68], que, simultáneamente, restablecía la utilización como recurso único del garrote[69], mientras que en el ámbito castrense se continuaba acudiendo

trabajo de J. Baró Pazos, *El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 83 (2013), pp. 105-138.

[65] J. Baró Pazos, *El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)*, p. 106, afirma que tras la muerte de Fernando VII, la vigencia del derecho penal del Antiguo Régimen se mantuvo hasta la promulgación del Código de 1848. En el mismo sentido D. M. Sánchez González, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid 2004, pp. 21-22.

[66] La mera restitución de la vigencia de la Novísima Recopilación y de las Siete Partidas comportó también la teórica resurrección de otros medios de ejecución, como el fuego para castigar la herejía o el *cuellum* romano para los parricidas, ya caídos totalmente en desuso, pero que excepcionalmente fueron rescatados con un carácter simbólico. Describe algunos ejemplos: E. Cuello Calón, *Contribución al estudio de la historia de la pena de muerte en España*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 10 (fascículo I, 1957), pp. 20-21. Véase, también, A. Bádenas Zamora, *Referentes para la regulación de la pena capital en la Codificación española del siglo XX*, p. 578.

[67] No obstante, todos los fallidos proyectos de código criminal elaborados en las postrimerías del reinado de Fernando VII coincidieron en retornar a la exclusividad del garrote, aplicado sin suplicios ni mortificaciones previas, que había establecido el Código penal de 1822. Estos proyectos han sido editados y comentados por J. R. Casabó Ruiz, *El Proyecto de Código Criminal de 1830* (estudio preliminar y edición), Murcia 1978; *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sáinz de Andino* (estudio preliminar y edición), Murcia1978; *El Proyecto de Código Criminal de 1834* (estudio preliminar y edición), Murcia 1978. Además, R. Castejón Calderón, *El proyecto Sáinz de Andino de Código criminal de 1830*, en «*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*», 174 (1, 1943), pp. 38-41; G. Landrove Díaz, *En torno al proyecto Sáinz de Andino de Código Criminal*, en «Anales de la Universidad de Murcia. Derecho», XXXIV, 3-4 (1975-1976), pp. 437-460.

[68] Real cédula recogida en *Decretos del Rey nuestro señor Don Fernando VII, y de la Reina su augusta Esposa*, Madrid 1833, tomo 17, pp. 57-58. Esta medida vino preparada por la conmoción causada por el dramático ahorcamiento público de ocho ladrones realizado en Madrid el 15 de junio de 1829, lo que motivó que el Consejo de Castilla elevará al rey una consulta acerca de la posibilidad de la abolición de la pena de horca. Describe el contexto que rodeo a esta medida J. M. Puyol Montero, *La abolición de la pena de horca en España*, pp. 124-129.

[69] Aunque los instrumentos empleados y la técnica del ajusticiamiento no presentaban variaciones, se distinguían tres modalidades de garrote: el ordinario, para la ejecución de los

al fusilamiento. Por otra parte, los datos existentes reflejan un incremento progresivo de las penas de muerte dictadas por los jueces y tribunales[70]. Siendo reseñable que destacados penalistas de este periodo de transición entre códigos, como Francisco Agustín Silvela y Blanco, aun denostando, en su caso, por cruel y nocivo, el procedimiento entonces utilizado para las ejecuciones públicas, seguían defendiendo la indispensable función preventiva cumplida por la pena de muerte[71].

3. *Liberalismo moderado y doctrinario. El código penal de 1848*

Cinco lustros después de la derogación del Código penal de 1822, tras el truncamiento de varios proyectos - el más importante, el de Sáinz de Andino de 1831[72] - y con el escalón intermedio representado por el Reglamento provisional de la Administración de Justicia de 1835, que mantenía la pena capital dentro de la relación de las penas corporales[73], el

reos pertenecientes al estado llano; el vil, para los delitos infamantes, con independencia de la condición social del ejecutado; y el noble, reservado para los hijosdalgo; solamente cambiaba entre ellos el tipo de caballería en la que era conducido el reo. Otra resolución regia de 30 de julio de 1832 ordenaba que la túnica que vestían los condenados fuera de distinto color -negro, blanco y ocre- para cada una de estas clases. No obstante, esta distinción desapareció en el Código penal de 1848. G. Landrove Díaz, *La abolición de la pena de muerte en España*, cit., p. 21; P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 31-32.

[70] Así lo afirma P. Ortego Gil, *Entre jueces y reos. Las postrimerías del derecho penal absolutista*, Madrid 2015, p. 423. La cuantificación del número de penas de muerte que, efectivamente, fueron aplicadas resulta extremadamente complicada durante la mayor parte del siglo XIX, pues no existen datos que permitan formular estimaciones de carácter general. No obstante, algunas estadísticas parciales, como las registradas por la Hermandad de Paz y Caridad de Madrid, para los años 1687 y 1868, que proporcionan una cifra de 221 ejecuciones durante el reinado de Isabel II, son suficientemente ilustrativas acerca del elevado volumen que alcanzaron. Analiza la cuestión con mayor detalle: A. Bádenas Zamora, *Las tentativas para abolir la pena de muerte en la España de Isabel II (1833-1868)*, Madrid 2025, pp. 33-34.

[71] F. A. Silvela Blanco, *Consideraciones sobre la necesidad de conservar en los Códigos y de aplicar en su caso la pena capital*, Madrid, 1835, pp. 169-215.

[72] Este proyecto se alejaba de las ideas de Filangieri y se inclinaba hacia los postulados más utilitaristas de Bentham y Romagnosi. J. R. Casabó Ruiz*, Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sáinz de Andino,* cit., p. 3.

[73] *Real Decreto de 26 de septiembre de 1835, que contiene el Reglamento para la administración de justicia en lo respectivo á la jurisdicción ordinaria* (*Decretos de la Reina nuestra señora Doña Isabel II, dados en su nombre por su augusta madre la Reina*

Código penal de 1848[74] nace en un contexto de hegemonía política del liberalismo moderado y doctrinario, que había encontrado su vehículo de plasmación en la Constitución de 1845. En su regulación resulta perceptible una posición ambivalente, en un intento de conciliar los ideales liberales con la necesidad de dar respuesta a los problemas planteados por la agitada realidad social y política existente y, al mismo tiempo, de garantizar un marco de estabilidad en ambas esferas.

Hay que destacar que, frente a la declinante influencia de la doctrina ilustrada, representada por Beccaria, Filangieri y, algo menos, Bentham[75], en el Código penal de 1848 se dejaba sentir la presencia de nuevas corrientes de pensamiento jurídico, que, superando el finalismo utilitarista y preventivo, buscaban una mayor aproximación del derecho a las órbitas de la moral y de la justicia - entendida la última en términos absolutos - en la provisión de soluciones jurídicas. En este sentido, cobra particular importancia la asimilación por los redactores del código del denominado eclecticismo jurídico[76], especialmente a través de la obra de Pellegrino

Gobernadora, Madrid 1835, XX, pp. 396-437), p. 399, [artículo 11]: «… Deberán considerarse como penas corporales, además de la capital, la de azotes, vergüenza, bombas, galeras, minas, arsenales, presidio, obras públicas, destierro del Reino, prisión o reclusión por más de seis meses».

[74] Fruto de los trabajos desarrollados en el seno de la recién creada Comisión General de Codificación, de cuya sección penal era presidente Manuel Seijas Lozano, la promulgación del Código penal mediante un decreto de 19 de marzo de 1848 vino precedido por la aprobación de diecisiete bases, en marzo de 1844. Entre quienes han estudiado este código, merecen ser destacados. J. Antón Oneca, *El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 18 (fascículo 3, 1965), 473-496; E. Iñesta Pastor, *El código penal de 1848*, Valencia 2011; D. M. Sánchez González, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid 2004.

[75] E. Iñesta Pastor, *El código penal de 1848*, cit., pp. 33- 37, hace hincapié en los aspectos en los que es visible la influencia de Filangieri y de Bentham.

[76] El peso de esta tendencia doctrinal era reconocido en la propia Exposición de motivos del Código y por el ministro de Justicia Bravo Murillo en su presentación del texto ante las Cortes. *Diario de Sesiones de las Cortes. Senado*. Sesión del 13 de febrero de 1847, apéndice número 16. Y también fue destacado por los principales comentaristas del código (T. Vizmanos y C. Álvarez, F. de Cardenas, L. Silvela…) como subraya con referencia individualizada a los mismos J. M. Puyol Montero, *Algunas influencias doctrinales y legales en la regulación de la pena de muerte en la codificación penal española del siglo XX* …, pp. 186-187. Este mismo autor, en pp. 189-190, señala que el Código también tomaba inspiración en otros códigos foráneos, principalmente el de Francia de 1810, el de Austria de 1803, el del Reino de las Dos Sicilias de 1819 y el de Brasil de 1830. Respecto a este último: J. Alvarado Planas, *La Codificación penal en la España isabelina: la influencia del Código penal del Brasil en el Código penal español de 1848*, en

Rossi, con su visión de la pena como un instrumento destinado a la justa retribución del delito y al restablecimiento del orden social alterado mediante su comisión[77]. Tesis que conciliaban muy bien con la ideología de los gobiernos conservadores y moderados y su preferencia por la aplicación del principio de legalidad frente al tradicional predominio de la arbitrariedad judicial, por el mantenimiento del orden público y la seguridad, y por la identificación como objetivo primordial de la instauración de un estado de justicia general. Orientación que relegaba la función intimidatoria y ejemplarizante o de corrección de la conducta del delincuente a un plano meramente secundario[78].

Por ello, aunque en su fase de elaboración se llegó a debatir su posible supresión[79], no sorprende que se mantuviera la pena de muerte[80] como la

España en la época de la Fundación de la Guardia Civil. V. Seminario Duque de Ahumada, Madrid 1994, 43-82.

[77] Asimilación que se había visto favorecida por la traducción al español de su obra *Tratado de Derecho Penal* por Cayetano Cortés, en 1839. Al respecto, véase: E. Iñesta Pastor, *Influencias extranjeras en la configuración de la pena en los códigos penales españoles decimonónicos*, en A. Masferrer (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte general*, pp. 447-452. El principal representante del eclecticismo en España fue Joaquín Francisco Pacheco, destacado comentarista del código de 1848. J. M. Puyol Montero, *Algunas influencias doctrinales y legales en la regulación de la pena de muerte en la codificación penal española del siglo XX* …, pp. 188-189.

[78] Ivi, pp. 185-186.

[79] Posturas abolicionistas que afloraron respecto a los delitos políticos tanto en el seno de la Comisión General de Codificación, en concreto, en relación con la preparación del cuestionario que sirvió para la redacción de las Bases en las que se sustentó el futuro código, como en diversas mociones individuales presentadas en el Congreso y en el Senado. Por ejemplo, la presentada por el diputado Domingo María Vela, pidiendo su supresión para los delitos políticos, con el fin de evitar su uso con fines partidistas. J. M. Puyol Montero, *La publicidad en la ejecución de la pena de muerte. Las ejecuciones públicas en España en el siglo XIX*, p. 133. Se ocupa de estas manifestaciones: A. Bádenas Zamora, *Las tentativas para abolir la pena de muerte en la España de Isabel II (1833-1868)*, pp. 37-53. La discusión sobre la pena de muerte en la Comisión de Códigos y en las Cámaras legislativas es descrita por E. Iñesta Pastor, *El Código penal de 1848*, pp. 570-579.

[80] En la conveniencia de su mantenimiento convergían las opiniones de los más destacados comentaristas del Código. J. F. Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, Madrid 1848. Edición actual con estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera, Madrid 2000, p. 314: «La pena de muerte, decimos, en resumen, es necesaria. En su uso, en su aplicación debe ser la ley tan parca, tan comedida, tan circunspecta como sea posible»; J. Vicente y Caravantes, *Código penal reformado, comentado novísimamente, precedido de una breve reseña histórica del derecho penal de España y seguido de tablas sinópticas*, Madrid 1851, p. 142; «Es que para ciertos crímenes atroces, la muerte es la

más severa entre las clasificadas como aflictivas[81], llevando como accesoria la inhabilitación absoluta perpetua y la sujeción a vigilancia vitalicia en el caso de ser conmutada mediante indulto[82]. La forma de ejecución continuaba siendo la aplicación del garrote sobre un tablado, reduciéndose notablemente el nivel de minuciosidad en la regulación del procedimiento, todavía cargado de concesiones al espectáculo y a la denigración del condenado[83]. Presentaba como notas principales: debía ser efectuada con luz diurna y con publicidad en un día no festivo, siendo conducido el reo hasta el patíbulo con hopa negra - amarilla en el caso del regicida y el parricida - y a lomos de caballo o en un carro; el cadáver quedaría expuesto hasta una hora antes de oscurecer y no podría ser enterrado con pompa[84]; por último, como en el código de 1822, la mujer encinta no podía ser ejecutada, ni se le podía comunicar la sentencia hasta después de

única pena que ofrece una expiación suficiente, la única que puede calmar la alarma y disipar los justos temores de la sociedad, la única, en fin, que alcanza á asegurar el orden público…»; T. M. Vizmanos y C. Álvarez Martínez, *Comentarios al Código Penal*, 2 vols., Madrid 1848, I, pp. 224-225: «Por nuestra parte, reconociendo la necesidad de que se aplique aún el estado actual de civilización […] es un medio de justicia extremo, peligroso, del que no debe usarse sino con la mayor reserva y solamente en casos de verdadera necesidad…». Revisa con mayor exhaustividad estas posiciones de la doctrina: A, Bádenas Zamora, *Las tentativas para abolir la pena de muerte en la España de Isabel II (1833-1868)*, pp. 58-61.

[81] *Código penal de 1848*, [artículo 24]. En la categoría de las penas aflictivas entraban también las siguientes: cadena perpetua, reclusión perpetua, extrañamiento perpetuo, cadena temporal, reclusión temporal, relegación temporal, extrañamiento temporal, presidio mayor, prisión mayor, confinamiento mayor, inhabilitación absoluta perpetua, inhabilitación especial perpetua para algún cargo público, derecho político, profesión u oficio, inhabilitación temporal absoluta, inhabilitación especial temporal, presidio menor, prisión menor y confinamiento menor. Utilizo la edición del *Código Penal de 1848*, Madrid, Imprenta Nacional, 1848, recogida en J. Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos y L. Ruiz de Gordejuela López, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, vol. I, pp. 195-322.

[82] *Código penal de 1848*, [artículo 50]: «La pena de muerte, cuando no se ejecute por haber sido indultado el reo lleva consigo las de inhabilitación absoluta perpetua y sujeción de aquel á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de su vida».

[83] J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española*, V, *Codificación penal*, vol. I, p. 397, interpreta que, con ello se seguía buscando un efecto intimidatorio general.

[84] Analizan con mayor detalle cada uno de los aspectos de este procedimiento E. Iñesta Pastor, *El código penal de 1848*, capítulo IV, y J. M. Puyol Montero, *Algunas influencias doctrinales y legales en la regulación de la pena de muerte en la codificación penal española del siglo XX* …, pp. 192-194.

pasados cuarenta días desde que se produjera el nacimiento[85]. El plazo de prescripción de la sentencia que la imponía se fijaba, como en la cadena perpetua, en veinte años[86]. En el ámbito militar, lógicamente, no afectado por lo dispuesto en el Código, persistía el empleo del fusilamiento.

La relación de los delitos castigados con esta pena muestra, sin embargo, una cierta contracción respecto al código precedente. Por ejemplo, la tentativa de abolir o alterar la vigencia en España de la religión católica apostólica y romana ahora no llevaba aparejada la pena de muerte, sino la reclusión temporal y el extrañamiento perpetuo, si se tratase de una persona investida de autoridad pública y cometiera el delito abusando de esta condición, y la prisión mayor o el extrañamiento perpetuo - en el caso de reincidencia -, si no se diera esta circunstancia[87].

Lógicamente, esta menor severidad no tenía reflejo en el delito considerado de mayor gravedad entre los sistematizados como atentatorios contra la seguridad exterior del Estado: la traición[88]. Aunque sí cuando

[85] *Código penal de 1848*, [artículo 89]: «1. La pena de muerte se ejecutará en garrote sobre un tablado. 2. La ejecución se verificará de día y con publicidad en el lugar generalmente destinado para este efecto, ó en el que el Tribunal determine cuando haya causas especiales para ello. 3. Esta pena no se ejecutará en días de fiesta religiosa ó nacional»; [artículo 90]: «1. El sentenciado á la pena de muerte será conducido al patíbulo, con hopa negra, en caballería ó carro. 2. El pregonero publicará en alta voz la sentencia en los parajes del tránsito que el juez señale»; [artículo 91]: «El regicida y el parricida serán conducidos al patíbulo con hopa amarilla y un birrete del mismo color; uno y otro con manchas encarnadas»; [artículo 92]: «El cadáver del ejecutado quedará expuesto en el patíbulo hasta una hora antes de oscurecer, en la que será sepultado, entregándolo á sus parientes ó amigos para este efecto, si lo solicitaren. El entierro no podrá hacerse con pompa»; [artículo 93]: «No se ejecutará la pena de muerte en la muger que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga, hasta que hayan pasado cuarenta dias despues del alumbramiento». Además del propio Código penal de 1822, parece claro que estos artículos también encontraron inspiración en el artículo 40 del Código penal de Brasil, el artículo 13 del Código penal francés de 1810 y el artículo 6 del Código penal de las Dos Sicilias. J. M. Puyol Montero, *Algunas influencias doctrinales y legales en la regulación de la pena de muerte en la codificación penal española del siglo XX* …, p. 191.

[86] *Código Penal de 1848*, [artículos 126]: «Las penas impuestas por sentencia ejecutoria se prescriben: La de muerte y cadena perpetua á los 20 años […]».

[87] *Código penal de 1848*, [artículo 128]: «1. La tentativa para abolir ó variar en España la religion catolica, apostólica, romana, será castigada con las penas de reclusion temporal y extrañamiento perpetuo, si el culpable se hallare constituido en autoridad pública y cometiere el delito abusando de ella. 2. No concurriendo estas circunstancias, la pena será la prisión mayor; y en caso de reincidencia, la de extrañamiento perpetuo».

[88] J. F. Pacheco, *El Código penal comentado y concordado*, I, pp. 217-218, en su comentario al artículo 10. 2, llegaba a la conclusión -no del todo exacta- de que en las Partidas se

se produjera en determinadas circunstancias, ante las que se admitía la imposición de una pena inferior. En realidad, a pesar de remitirse el fundamento de su configuración al proporcionado por las Siete Partidas, el concepto de traición aquí manejado tenía un alcance restrictivo, al limitarse a los supuestos vinculados a los ataques dirigidos contra la independencia de la nación. De este modo, la tentativa[89] para destruir la independencia o la integridad del Estado no contemplaba minoraciones[90], pero inducir a una potencia extranjera, o concertarse con ella, para declarar la guerra a España solo comportaba esta pena si llegase a consumarse este propósito, y, en otro caso, la de cadena perpetua[91]. Mientras que en otras manifestaciones

contenían dos acepciones primordiales: la acción que comporta una amenaza contra la independencia del reino y la de quien obra alevosamente y sobre seguro. La segregación de esta segunda acepción era elogiada por Pacheco, apelando a la necesidad de reparar la confusión creada por el Código penal de 1822, al utilizar este término en un sentido mucho más amplio. En el mismo sentido se manifestaban T. M. Vizmanos y C. Álvarez Martínez, *Comentarios al Código Penal*, II, pp. 39-41, entendiendo que esta separación confería al nuevo código grandes ventajas tanto respecto a la legislación antigua, en la que se calificaba como delitos de traición a todos aquellos que de alguna manera afectaban directamente a los grandes intereses del Estado, como a los códigos modernos, en los que estos delitos aparecían confundidos con los políticos, poniendo como ejemplo supremo de este absurdo el Código de 1822. De la misma opinión eran J. Castro y Orozco y M. Ortiz de Zúñiga, *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Granada, 1848, 2, p. 17.

89 T. M. Vizmanos y C. Álvarez Martínez, *Comentarios al Código Penal*, II, p. 42, consideraban acertado que solo se penase la tentativa, pues una vez consumado el delito no habría forma de perseguirlo.

90 *Código penal de 1848*, [artículo 139]: «La tentativa para destruir la independencia o la integridad del Estado, será castigada con la pena de muerte». Por su carácter genérico y su contundencia, este precepto no tenía paralelo en otros códigos extranjeros, salvo en el brasileño de 1830, que se expresaba en términos similares, pero con una pena bastante más complaciente: prisión con trabajo de cinco a quince años y prisión perpetua para el grado máximo, si el delito llegara a consumarse. *Código criminal do Imperio de Brasil de 1830* (utilizo la versión electrónica disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm), [artículo 68].

91 *Código penal de 1848*; [artículo 140]: «El español que indujere á una Potencia extrangera á declarar guerra á España ó se concertare con ella para el mismo fin, será castigado con la pena de muerte, si llegare á declararse la guerra, y en otro caso con la de cadena perpetua». Cabe encontrar una razonable concordancia entre este artículo y el artículo 251 del Código penal de 1822, que fijaba la pena en infamia y deportación cuando no se producía la declaración de guerra. Asimismo, es visible la cercanía al artículo 76 del Código penal francés de 1810, que, cuando las maquinaciones abocasen al inicio de hostilidades, añadía a la pena capital la confiscación de los bienes· Aunque también se recogía este delito en el [artículo 52] del Código penal de Austria de 1803,

del delito se establecía como límite superior, pero no único, de la escala de penalidad. Así, la alternativa entre la cadena temporal en su grado máximo, veinte años, y la muerte se reservaba para los siguientes supuestos: tomar las armas contra la patria bajo bandera enemiga; facilitar al enemigo la entrada en el reino o la toma de una plaza, puesto militar, buque o almacén; suministrar a un ejército adversario caudales, armas, embarcaciones, efectos o municiones, o bien proporcionarle planos de fortalezas o de terrenos, documentos o noticias que condujeran directamente al desarrollo de acciones bélicas hostiles; impedir que las fuerzas militares propias recibieran auxilios, datos o informaciones necesarios; persuadir a tropas españolas o extranjeras al servicio de España para pasarse al bando contrario o desertar, estando en campaña; y reclutar en España individuos con el fin de servir a una potencia enemiga[92]. La conspiración para cometer cualquiera de estas acciones delictivas comportaba la pena de presidio mayor y su proposición la de presidio correccional, quedando, no obstante, eximidas de castigo, una y otra, en el caso de producirse un desistimiento voluntario comunicado a la autoridad pública antes de iniciarse su ejecución o el intento de llevarlas a cabo[93]. Finalmente, también deparaba el mismo segmento de penas

que no reducía la pena en el caso de que resultase frustrado, en el [artículo 106] del Código penal de las Dos-Sicilias de 1819, que no hacía mención a esta posibilidad, y en el [artículo 69] del código brasileño de 1830, que solamente establecía penas de prisión de moderada duración. Véase, M. A. Bermejo Castrillo, *Delitos contra la seguridad exterior del Estado*, pp. 308-309.

[92] *Código penal de 1848*, [artículo 141]: «El español que tomare las armas contra su patria bajo banderas enemigas, será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á la de muerte»; [artículo 142]: «Se impondrá tambien la pena de cadena temporal en su grado máximo á la de muerte: 1º Al que facilitare al enemigo la entrada en el reino, el progreso de sus armas ó la toma de una plaza, puesto militar, buque del Estado, ó almacenes de boca o guerra del mismo [.] La tentativa de estos delitos se castigará con la misma pena que su consumación. 2º Al que suministrare á las tropas de una Potencia enemiga caudales, armas, embarcaciones, efectos ó municiones de boca ó guerra, ú otros medios directos para hostilizar á España. 3º Al que suministrare al enemigo planos de fortalezas ó terrenos, documentos ó noticias que conduzcan directamente al propio fin de hostilizar á España. 4º Al que en tiempo de guerra impidiere que las tropas nacionales reciban los auxilios expresados en el n. 2º, ó los datos ó noticias indicadas en el núm. 3º. 5. Al que sedujere tropa española, ó que se halle al servicio de España, para que se pase á las filas enemigas, ó deserte de sus banderas estando en campaña. 6º Al que reclutare en España gente para el servicio de las armas de una Potencia enemiga». En estos preceptos cabe identificar analogías con las regulaciones de las Siete Partidas, el Código penal de 1822, el francés de 1810, el bávaro de 1751, el prusiano de 1794, el napolitano de 1819 y el brasileño de 1830. Véase, M. A. Bermejo Castrillo, *Delitos contra la seguridad exterior del Estado*, pp. 310-312.

[93] *Código penal de 1848*, [artículo 143]: «1. La conspiración para cualquiera de los delitos

comunicar o revelar al enemigo documentos o negociaciones reservadas de las que se tuviese conocimiento en virtud del oficio desempeñado o por algún otro medio reprobado, rebajándose la pena a prisión menor cuando se hubiese tenido acceso a ellos por otras vías[94].

Considerado un delito contra el derecho de gentes, matar a un monarca extranjero residente en España conllevaba sufrir la pena capital, rebajándose ésta a cadena temporal cuando el atentado no tenía un resultado letal[95]. Estas penas suponían igualar el régimen de los reyes extranjeros al reservado a idénticos delitos cometidos contra el monarca español, lo que fue criticado por el principal comentarista del código, Juan Francisco Pacheco, por ser ajeno a cualquier principio de reciprocidad[96].

A la misma categoría se adscribía el delito de piratería -que en el Código penal de 1822 se integraba en la regulación de los robos con violencia- cometido contra españoles o contra súbditos de otra nación que no estuviera en guerra con España, que era reprimido con una pena de cadena temporal en su grado máximo, veinte años, a muerte[97]. Pena que ascendía a la de cadena perpetua a muerte cuando en su comisión se hubiera apresado una embarcación al abordaje o prendiéndola fuego, se hubiese producido algún homicidio, lesiones personales muy graves o un atentado contra la honestidad, o se hubiera abandonado a personas a su suerte sin medios de salvación, y, en todo caso, para el capitán o patrón del

expresados en los artículos anteriores se castigará con la pena de presidio mayor. 2. La proposición para los mismos delitos será castigada con presidio correccional. 3. Exime de toda pena el desistimiento de la conspiracion ó proposicion, dando parte y revelando sus circunstancias á la autoridad pública, antes de haber comenzado el procedimiento». Liberación que no contemplaba el [artículo 248] del Código penal de 1822, que también castigaba la conspiración y la proposición. Este controvertido apartado 3 sería suprimido en el [artículo 93] del Código penal reformado de 1850.

[94] *Código penal de 1848*, [artículo 144]: «1. El que comunicare ó revelare directa ó indirectamente al enemigo documentos ó negociaciones reservadas de que tuviere noticia por razon de su oficio, ó por algun medio reprobado, incurrirá en la pena de cadena temporal en su grado máximo á la de muerte. 2. Si hubiere adquirido los documentos ó las noticias de las negociaciones por otro medio, será castigado con la pena de presidio menor, á no ser que la revelacion ó comunicacion se halle comprendida en el núm. 3º del art. 142».

[95] *Código penal de 1848*, [artículo 154]: «1. El que matare á un Monarca extrangero residente en España, será castigado con la pena de muerte. 2. Cualquier otro atentado de hecho contra su persona se castigará con la pena de cadena temporal».

[96] J. F. Pacheco, *El Código penal comentado y concordado*, cit., II, p.103.

[97] *Código penal de 1848*, [artículo 156]: «El delito de piratería cometido contra españoles ó súbditos de otra nacion que no se halle en guerra con España, será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á la de muerte»;

buque asaltante, siendo aplicables, también, estos agravantes a aquéllos que hubieran proporcionado a los piratas el barco en el que navegaban[98].

Otra conocida clase de delitos susceptible de conducir a la imposición de la pena capital era la de los que amenazaban la seguridad interior del Estado o el orden público, incluido el de lesa majestad[99], si bien, en este, de sus distintos supuestos, solamente la tentativa contra la vida o la persona del monarca o de su inmediato sucesor y el homicidio consumado o frustrado del regente o regentes, el padre, la madre o la consorte del rey, la reina viuda o los infantes abocaba a esta condena[100].

También entraba en esta rúbrica el delito de rebelión, en el que incurrían quienes se alzaban públicamente y con hostilidad contra el Gobierno para: destronar al rey o deponer al Regente o a la Regencia, privarles de su libertad o despojarles de las prerrogativas que les eran atribuidas por la Constitución; variar el orden de sucesión del reino o impedir la acción de gobierno a su legítimo titular; sustraer el reino, total o parcialmente, o algún cuerpo de tropas terrestres o navales, de la obediencia debida al Gobierno; arrebatar a los ministros sus facultades constitucionales o impedirles su libre ejercicio; imposibilitar la celebración de elecciones para diputados de Cortes, la reunión legítima de éstas, o la deliberación

[98] *Código penal de 1848*, [artículo 157]: «Incurrirán en la pena de cadena perpetua á muerte los que cometan el delito de que se trata en el artículo anterior: 1º Siempre que hubieren apresado alguna embarcacion al abordaje ó haciéndola fuego. 2º. Siempre que el delito fuere acompañado de homicidio ó de alguna de las lesiones designadas en los artículos 332 y 333. 3º Siempre que fuere acompañado de cualquiera de los atentados contra la honestidad, señalados en el capítulo II del título X de este libro. 4º Siempre que los piratas hayan dejado algunas personas sin medios de salvarse. 5º En todo caso el capitán ó patron piratas»; [artículo 158]: «Las disposiciones de los dos artículos anteriores son aplicables al que entregare á los piratas la embarcación á cuyo bordo fuere».

[99] Esta categoría de delitos no había sido utilizada en el Código penal de 1822. D. M. Sánchez González, *Evolución del delito de lesa majestad en la codificación penal de los siglos XIX y XX*, en A. Masferrer (coord.), *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, p. 368, sugiere que esta ausencia pudo deberse a un deseo de poner de manifiesto la existencia de un cambio de soberanía y de constitución histórica con la puesta en vigor de una constitución que desacralizaba la figura del monarca.

[100] *Código penal de 1848*, [artículo 160]: «El reo de tentativa contra la vida Rey ó persona del rey ó inmediato sucesor á la Corona, incurrirá en la pena de muerte»; [artículo 165]: «1. Los delitos de que se trata en los anteriores artículos de este capítulo, cometidos contra el Regente ó Regentes del reino, Padre, Madre ó Consorte del Rey, Reina viuda ó Infantes de España, serán castigados con las penas inferiores en un grado á las señaladas en ellos, á no ser que la merezcan mayor por otras disposiciones de este Código. 2. El homicidio consumado ó frustrado de cualquiera ele las personas mencionadas en eI párrafo anterior, se castigará con la pena de muerte».

de alguno de los dos cuerpos legisladores; y provocar la disolución de las Cortes o arrancar de éstas alguna resolución[101]. No obstante, respecto a las penas, se distinguía en función del grado de participación. De manera que quienes hubieran promovido o liderado la rebelión serían castigados con la muerte si se tratase de personas investidas de autoridad civil o eclesiástica o si hubiese existido una confrontación directa entre los rebeldes y las fuerzas públicas o entre unos ciudadanos y otros, o bien, si se hubiesen producido estragos con peligro para las personas; mientras que se disponía la pena de cadena perpetua si hubieran exigido contribuciones económicas o distraído caudales públicos y la de relegación perpetua en cualesquiera otras circunstancias[102]. Por su parte, aquéllos que hubiesen tenido un papel más secundario o hubieran alentado por diversos medios el estallido de la rebelión, así como lo simples ejecutores, se veían expuestos a otras penas de entidad inferior[103].

Al igual que en el Código precedente, también ahora se señalaban algunos

[101] *Código penal de 1848*, [artículo 167]: «Son reos de rebelion los que se alzan públicamente y en abierta hostilidad contra el Gobierno para cualquiera de los objetos siguientes: 1º Destronar al Rey ó privarle de su libertad personal. 2º Variar el orden legítimo de sucesion á la Corona ó impedir que se encargue del Gobierno del reino aquel á quien corresponda. 3º Deponer al Regente ó á la Regencia del reino, ó pri varles de su libertad personal. 4º Usar y ejercer por sí, ó despojar al Rey, Regente ó Regencia del reino de las prerrogativas que la Constitucion les concede ó coartarles la libertad en su ejercicio. 5º Sustraer el reino ó parte de él, ó algún cuerpo de tropas de tierra ó de mar de la obediencia al supremo Gobierno. 6º Usar y ejercer por sí, ó despojar á los ministros de la Corona de sus facultades constitucionales, o impedirles ó coartarles su libre ejercicio. 7º Impedir la celebracion de las elecciones para Diputados á Cortes en todo el reino, ó la reunión legítima de las mismas. 8º Disolver las Cortes ó impedir la deliberacion de alguno de los Cuerpos colegisladores, ó arrancarles alguna resolucion».

[102] *Código penal de 1848*, [artículo 168]: «Los que induciendo y determinando á los rebeldes hubieren promovido ó sostuvieren la rebelion, y los caudillos principales de esta, serán castigados: 1º Con la pena de muerte si fueren personas constituidas actualmente en autoridad civil ó eclesiástica,ò si hubiere habido combate entre los rebeldes con la fuerza pública fiel al Gobierno, ó entre unos ciudadanos contra otros, ó si hubieren causado estragos que hayan puesto en peligro la vida de las personas. 2º Con cadena perpetua, si sacaren gente, exigieren contribuciones, distrajeren los caudales públicos de su legítima inversión. 3º Con relegacion perpetua en cualquier otro caso».

[103] *Código penal de 1848*, [artículo 169]: «1. Los que ejercieren un mando subalterno en la rebelion, serán castigados con la pena de relegacion temporal. 2. La misma pena se impondrá á los que toquen ó manden tocar campanas ó cualquiera otro instrumento para excitar á la rebelion, y á los que para el mismo fin dirigieren á la muchedumbre sermones, arengas, pastorales u otro género de discursos ó impresos, si la rebelion llegare á consumarse, á no ser que merecieren la calificacion de promovedores»; [artículo 170]: «Los meros ejecutores de la rebelión serán castigados con la pena de confinamiento mayor».

delitos contra las personas que podían acarrear la pena capital. Se calificaba como parricida al que terminase con la vida del padre, la madre, los hijos - fuesen legítimos, ilegítimos o adoptivos -, ascendientes, descendientes o cónyuge, y se le reservaba la pena de muerte cuando hubiese actuado con premeditación o ensañamiento, y la de cadena perpetua a muerte cuando no concurrieran estos agravantes[104]. Esta misma era la solución prevista para otros homicidios cualificados - pues no se recurría a la figura específica del asesinato -[105], por haber existido en la comisión del crimen alevosía, precio o promesa de recompensa, premeditación conocida, ensañamiento o utilización de inundación, veneno o incendio[106], y asimismo para la muerte del recién nacido, salvo cuando la autoría fuera de la madre o de los padres de ésta para ocultar su deshonra y dentro de los tres días posteriores al parto[107]. La pena era rebajada a la de reclusión temporal de diversa duración

[104] *Código penal de 1848*, [artículo 323]: «El que mate á su padre, madre ó hijo, sean legítimos, ilegítimos ó adoptivos, ó á cualquier otro de sus ascendientes ó descendientes legítimos, ó á su cónyuge, será castigado como parricida: 1º Con la pena de muerte si concurriere la circunstancia de premeditacion conocida, ó la de ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido. 2º Con la pena de cadena perpetua á la de muerte si no concurriere ninguna de las dos circunstancias expresadas en el número anterior». E. Iñesta Pastor, *Los delitos contra las personas en la Codificación penal española (siglos XIX y XX)*, cit., p. 696, sostiene que la caracterización del parricidio en este código permanecerá en los códigos penales españoles posteriores hasta la reforma de 1983. También apunta que la redacción de este precepto fue asumida por José María Clarós, que lo configuró como una forma agravada de homicidio por parentesco. Sobre el debate acerca de esta figura, su caracterización e influencias: pp. 696-701.

[105] Según T. M. Vizmanos y C. Álvarez Martínez, *Comentarios al Código Penal*, II, p. 321, en este aspecto el codificador seguía el modelo del Código penal de Brasil de 1930 (artículo 192.16). El debate suscitado en la Comisión General de Codificación es descrito por E. Iñesta Pastor, *Los delitos contra las personas en la Codificación penal española (siglos XIX y XX)*, pp. 711-712.

[106] *Código penal de 1848*, [artículo 324]: "El que mate á otro, y no esté comprendido en el artículo anterior, será castigado: 1. Con la pena de cadena perpetua á la de muerte, si lo ejecutare con alguna de las circunstancias siguientes: 1º. Con alevosía. 2º. Por precio promesa remuneratoria. 3º. Por medio de inundación, incendio ó veneno. 4º. Con premeditación conocida. 5º. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 2. Con la pena de reclusión temporal en cualquier otro caso".

[107] *Código penal de 1848*, [artículo 327]: «1. La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres dias, será castigada con la pena de prision menor. Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de prision mayor. 2. Fuera de estos casos, el que matare á un recien nacido incurrirá en las penas del homicidio». J. F. Pacheco, *El Código penal concordado*, III, p.35, se manifestaba muy crítico con la fijación del plazo temporal de tres días, que en el Código penal de 1822 era de solo uno, afirmando que la sola diferencia de una hora

en cualquier otro supuesto de homicidio voluntario.

La pena de muerte era también de aplicación en alguna modalidad del delito de lesiones, en concreto la castración intencionada, que era considerada un crimen de extremada gravedad, y que -a diferencia del Código penal de 1822, que la castigaba con penas de trabajos forzados, perpetuos o temporales, y deportación, según los casos- podía empujar al reo al más dramático resultado[108].

Incluso en el ámbito de los delitos contra la propiedad encontramos que el culpable de robo con violencia o intimidación en las personas tenía reservado un castigo que podría ir de la cadena perpetua a la pena de muerte cuando: con motivo de su comisión resultase un homicidio; fuera acompañado de violación o mutilación causada intencionalmente; se realizara en un descampado o en cuadrilla -entendiéndose por tal la constituida por más de tres malhechores-, se provocasen determinadas lesiones o se retuviera a la víctima con exigencia de rescate o por más de un día; y en todo caso el jefe de la partida. En el supuesto de haberse dado alguna de estas circunstancias, pero no haberse cometido el robo en un despoblado o en cuadrilla, la pena pasaba a ser de cadena temporal en su grado medio a cadena perpetua[109]. Y de igual manera, el incendio intencionado tenía como consecuencia para su autor una condena de cadena perpetua a muerte cuando lo provocaba en un edificio, embarcación o lugar habitado, o en un arsenal, astillero, almacén de pólvora, parque de artillería o archivo general público, no requiriéndose ahora -a diferencia del Código penal de 1822- que el fuego provocase alguna víctima mortal para

elevaría la pena de prisión menor a muerte, no existiendo una diferencia sustancial entre uno y otro momento. No obstante, la reducción de la pena a prisión menor le parecía de una inadmisible benevolencia.

[108] *Código penal de 1848*, [artículo 332]: «El que de propósito castrare á otro será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á la de muerte». En el Código penal de 1822 se regulaba en el [artículo 638].

[109] *Código penal de 1848*, [artículo 415]: «El culpable de robo con violencia ó intimidacion en las personas, será castigado con la pena de cadena perpetua á la de muerte: 1ª Cuando con motivo u ocasión del robo resultaré homicidio. 2º cuando fuere acompañado de violación o mutilacion causada de propósito. 3º Cuando se cometiere en despoblado y en cuadrilla, si con motivo ú ocasión de este delito se causará alguna de las lesiones penadas en el núm. 1 del art. 334, o el robado fuere detenido bajo rescate ó por mas de un día. 4º. En todo caso el gefe de la cuadrilla armada total ó parcialmente [.] Hay cuadrilla cuando concurren á un robo más de tres malhechores»; [artículo 416]: «Cuando en el robo concurriere alguna de las circunstancias señaladas en el núm. 3º del artículo anterior, y no se hubiere cometido en despoblado y en cuadrilla, será castigado el culpable con la pena de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua».

determinar la imposición de la pena capital[110].

Eran, en definitiva, muy abundantes los tipos delictivos susceptibles de conducir al condenado a la pena más extrema, lo que demuestra que las doctrinas utilitaristas todavía recogían un significativo nivel de permanencia. Aspecto que fue, precisamente, el objeto de las principales críticas vertidas contra el código, cuestionándose el excesivo número de supuestos en los que cabía su imposición, lo que podía ofrecer una imagen perjudicial para España, y en particular que siguiera siendo contemplada para los delitos religiosos e ideológicos y que, en algunos delitos políticos, los cometidos contra la independencia y la integridad del Estado, estuviera prevista hasta en su grado de mera tentativa[111].

4. *Reforma conservadora. El código penal de 1850*

Después de conocer, en el mismo año de su promulgación, varias modificaciones puntuales en virtud de sucesivos reales decretos de 21 de septiembre, 22 de septiembre y 30 de octubre, el Código penal de 1848 fue sometido en 1850 a una reforma de notable entidad, aprobada mediante otro decreto de 30 de junio, que, respondiendo a un endurecimiento general de las políticas del gobierno de Narváez frente a los temores generados por los ecos de los movimientos revolucionarios surgidos en diversos países europeos en la oleada de 1848, afectó, imprimiendo un sello más conservador y autoritario, a distintas cuestiones importantes, aunque apenas supuso cambios verdaderamente sustanciales en el terreno que aquí estudiamos[112]. Por tanto, no se produjeron variaciones en el tratamiento

[110] *Código penal de 1848*, [artículo 456]: «El incendio será castigado con la pena perpetua á la de muerte: 1º Cuando se ejecutare en cualquier edificio, buque ó lugar habitados. 2º Cuando se ejecutare en arsenal, astillero, almacen de pólvora, parque de artillería ó archivo general del Estado».

[111] Cuestiones que fueron profusamente debatidas en las sesiones parlamentarias. J. M. Puyol Montero, *Algunas influencias doctrinales y legales en la regulación de la pena de muerte en la codificación penal española del siglo XX* …, p. 195 y nota 97.

[112] Entre estas pequeñas modificaciones se cuenta la supresión en el artículo 143, referido a la traición, del parágrafo 3 del Código de 1848 que decía: «Exime de toda pena el desistimiento de la conspiracion ó proposicion, dando parte y revelando sus circunstancias á la autoridad pública, antes de haber comenzado el procedimiento». Cito por la edición del *Código Penal de España. Edición oficial reformada*, Madrid, Imprenta Nacional, 1850, recogida en J. Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos y L. Ruiz de Gordejuela López, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, I, pp. 326-485).

de la pena de muerte como solución más severa dentro de las penas aflictivas, la accesoriedad de la pena de inhabilitación perpetua en el caso de indulto, la forma de ejecución, el plazo de prescripción de la sentencia ejecutoria[113] y el catálogo de los delitos y de los supuestos en los que se establecía su aplicación. Como principal excepción, hay que mencionar el agravamiento que experimentaba la represión del delito de rebelión, pues a los promotores y cabecillas les esperaba como destino único la pena de muerte con independencia de su condición o de las circunstancias concurrentes, mientras que los que asumían papeles subalternos, que en el Código de 1848 solamente estaban expuestos a penas de menor rango, ahora podían sufrir desde la cadena perpetua hasta la pena capital, si se tratase de individuos dotados de autoridad civil o eclesiástica, de haberse producido un enfrentamiento directo de los rebeldes con los miembros de las fuerzas públicas o entre ciudadanos, de haberse provocado disturbios poniendo en riesgo vidas humanas o de haber sacado a gente por la fuerza, exigido contribuciones extraordinarias o apartado caudales públicos de su legítima inversión. En cualquier otro caso, la pena sería de cadena temporal en su grado máximo a muerte, lo que se hacía también extensivo a quienes mediante el tañido de campanas u otros instrumentos o valiéndose de sermones, arengas, discursos o impresos excitasen a la rebelión, si esta llegase a prender, salvo que mereciesen la calificación de promovedores, así como a los meros ejecutores; acciones y grados de participación, todos ellos, que en el Código de 1848 se castigaban con penas inferiores, de relegación temporal o confinamiento[114]. Mientras que la simple

Ha estudiado esta versión revisada del código penal de 1848: D. M. Sánchez González, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid 2004.

[113] Los artículos 24, 50, 89 a 93 y 126 del Código penal de 1850, que regulaban estos aspectos, suponían una copia literal del enunciado de los artículos 24, 50, 89 a 93 y 126 del Código penal de 1848.

[114] *Código penal de 1850*, [artículo 168]: «Los que induciendo y determinando á los rebeldes hubieren promovido ó sostuvieren la rebelion, y los caudillos principales de esta, sufrirán la pena de muerte»; [artículo 169]: «Los que ejercieren un mando subalterno en la rebelion serán castigados con la pena de cadena perpetua á la de muerte: 1º Si fueren personas constituidas actualmente en Autoridad civil ó ecclesiástica, ó si hubiere habido combate entre los rebeldes con la fuerza pública fiel al Gobierno, ó entre unos ciudadanos contra otros, ó si hubieren causado estragos que hayan puesto en peligro la vida de las personas. 2º Si sacaren gente, exigieren contribuciones, ó distrajeren los caudales públicos de su legítima inversión. 3. En cualquier otro caso serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado máximo á la de muerte, en cuya pena incurrirán tambien los que toquen ó manden tocar campanas ó cualquiera otro instrumento para excitar á la rebelion, y los que para el mismo fin dirigieren á la muchedumbre sermones, arengas,

conspiración traía como consecuencia la prisión mayor, y la proposición la prisión correccional[115]. En contraste, en relación con otros tipos de delitos, como el homicidio o el infanticidio, la castración y el robo con violencia, la regulación de las situaciones susceptibles de dar lugar a la imposición de la pena de muerte se mantenía en su práctica literalidad[116].

Habrían de transcurrir dos décadas antes de que el Código penal de 1848, reformado en 1850, perdiera su vitalidad en virtud de la aprobación de un nuevo código. En este tiempo, no aparecen nuevas disposiciones normativas que alteren el régimen legal establecido para la pena de muerte. Sin embargo, sí se registran algunos acontecimientos que son indicativos del lento progreso que comenzaba a mostrar la corriente abolicionista. Por ejemplo, ya en 1849, el nacimiento del partido demócrata, como escisión del ala más radical del partido liberal progresista, y su adopción, por primera vez en una formación política, de la supresión de la pena capital, primero para los delitos políticos y después con carácter general, como un objetivo programático[117]. Si bien, la política autoritaria y represiva desplegada por el gobierno del general Narváez hacía completamente inviable un acercamiento a su materialización. Con todo, parece que bajo el paraguas del código de 1848 y su reforma de 1850, en los años inmediatamente posteriores a su promulgación se produjo un descenso reseñable de las sentencias condenatorias a muerte[118].

Superada, además, la etapa de mayor rigor del conservadurismo, los sucesos que dieron inicio, en 1854, al llamado «bienio progresista»

pastorales ú otro género de discursos ó impresos, si la rebelion llegare á consumarse, á no ser que merecieren la calificacion de promovedores»; [artículo 170]: «Los meros ejecutores de la rebelión serán castigados con la pena de cadena temporal á la de muerte».

[115] *Código penal de 1850*, [artículo 173]: «1. La conspiración para el delito de rebelión será castigada con la pena de prisión mayor. 2. La proposición se castigará con la prisión correccional».

[116] Los artículos 332, 333, relativos al homicidio, y 336, atinente al infanticidio, del *Código penal de 1850*, reproducían fielmente los artículos 323, 324 y 327 del *Código penal de 1848*. Igualmente, el artículo 341 que castigaba la castración con pena de cadena temporal en su grado máximo a la de muerte repetía, sin modificaciones, el artículo 332 del código precedente. Del mismo modo, los artículos 425 y 426 referidos al robo con violencia en las personas no se apartaban del tenor de los artículos 415 y 416 del código de 1848.

[117] A, Bádenas Zamora, *Las tentativas para abolir la pena de muerte en la España de Isabel II (1833-1868)*, p. 56.

[118] Conclusión a la que llega P. Ortego Gil, *Las cifras de la pena de muerte en España durante el siglo XIX; una aproximación estadística*, en M. Torrea Aguilar, M. Pino Abad, J. M. García Marín (coords.), *Burocracia, poder político y justicia*. Libro homenaje de amigos del profesor José María García Marín, Madrid 2015, p. 576.

abrieron una etapa de cierta revitalización de la corriente abolicionista. Pues, a pesar de que ésta apenas prendió entre la doctrina jurídica[119], tuvo varias reseñables manifestaciones en la esfera política. Capítulo en el que se incluyen: la proposición de ley solicitando la derogación de la pena de muerte para los delitos políticos presentada por el diputado Seoane en las Cortes de 1854; la enmienda hecha a una de las bases del proyecto de Constitución *non nata* de 1856, proponiendo su sustitución por la deportación a las colonias; la introducción en la propia Constitución truncada de un precepto disponiendo su supresión para los delitos políticos[120], y las iniciativas legislativas fallidas planteadas con el mismo propósito en las legislaturas de 1858-1860 y de 1866-1867[121].

5. *Periodo de constitucionalismo democrático. El código pena de 1870*

Impulsada la inauguración del denominado sexenio democrático, de 1868 a 1874, por el levantamiento militar que condujo al derrocamiento de Isabel II, la promulgación de una Constitución de signo tan progresista y democrático como la de 1869 planteó la necesidad de realizar una actualización y adaptación de la legislación vigente en el ámbito criminal al nuevo marco constitucional, lo que se materializó con el Código penal de 17 de junio de 1870[122]. Si bien en su estructura, su sistemática y sus

[119] Aunque aparecen algunas excepciones de autores que abogaron por la supresión de la pena de muerte: R. Valladares Saavedra, *Sobre la necesidad de proscribir la pena de muerte por los llamados delitos políticos*, Madrid 1848; M. Pérez y de Molina, *La sociedad y el patíbulo ó la pena de muerte histórica y filosóficamente considerada*, Madrid 1854; T. Bernal y Lozano, *Estudios sociales y legislativos sobre la abolición de la pena de muerte*, Albacete, Imprenta de la Unión, 1855 (edición facsímil, Albacete 2007). Véase, A. Bádenas Zamora, *Referentes parala regulación de la pena capital en la Codificación española del siglo XIX*, p. 586 y nota 260.

[120] *Constitución de 1856*, [artículo 11]: «No se podrá imponer la pena capital por delitos meramente políticos». Al respecto, M. Barbero Santos, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, Buenos Aires 1985, p.187.

[121] Todas ellas estudiadas en profundidad por A. Bádenas Zamora, *Las tentativas para abolir la pena de muerte en la España de Isabel II (1833-1868)*, pp. 66-109 y 116-119.

[122] Este código no ha suscitado amplios estudios monográficos como los dedicados a los Códigos de 1822 y 1848-1850. R. Núñez Barbero, *La reforma penal de 1870*, Salamanca 1969; J. Antón Oneca, *El Código penal de 1870*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 23 (2, 1970), pp. 229-252; J. López Barja de Quiroga, *El Código penal de 1870 y su contexto histórico*, en F. Rico Pérez (coord.), *Centenario del Código civil*, Madrid 1986, II, pp. 477-491.

principios se mantenía fiel al Código penal de 1848, y su reforma de 1850, de la que, a la postre, constituía una revisión[123], se procuraba una suavización de su excesiva severidad, introducir una mayor flexibilidad y la corrección de algunos notorios defectos técnicos, aunque también fue criticado su notable casuismo[124]. Persistía en el código el predominio del eclecticismo[125], ahora representado por su principal inspirador, Alejandro Groizard, que adscrito a la orientación retribucionista, defendía que las penas debían ser, fundamentalmente, expiatorias, con el fin de asegurar la toma de conciencia general sobre el carácter reprobable de las conductas que castigaban[126]. En consonancia con este nuevo espíritu, desaparecían algunas figuras delictivas y se suprimían penas degradantes, como la de argolla, o adversas a la redención como, salvo en casos excepcionales, la prisión perpetua. Sin embargo, esta tendencia hacia una mayor humanización del sistema punitivo no se deslizó hacia un cuestionamiento de la pena de muerte, a pesar de que en el marco de los acontecimientos que rodearon a la Revolución de septiembre de 1868, las juntas revolucionarias lanzaron diversas proclamas reclamando su eliminación, y de que en el propio debate sostenido en las Cortes Constituyentes se presentaron dos proposiciones encaminadas en este mismo sentido, que, sin embargo, no lograron encontrar reflejo en el texto constitucional[127].

[123] E. Cuello Calón, *Derecho Penal*, VII edición, Barcelona 1945, pp. 142-143, ha sostenido que las modificaciones introducidas se orientaron en dos líneas: unas de tipo político, adaptadas a las directrices marcadas por la Constitución, y otras ajustadas a los avances producidos en la ciencia penal.

[124] J. Antón Oneca, *El Código penal de 1870*, p. 251.

[125] E. Iñesta Pastor, *Influencias extranjeras en la configuración de la pena en los códigos penales españoles decimonónicos*, p. 474, lo identifica con Rossi, pero ahora modificado por Ortolan y Tissot. Con carácter general, interesa: F. Castejón, *Las ideas penales en la época del Código penal de 1870*, en *Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*, Madrid 1970, pp. 53-65.

[126] A, Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 8 volúmenes, Burgos, Imprenta de Tomás Arnáez, 1870 (desde el cuarto tomo, Salamanca, Esteban Hermanos, 1891-1899), vol. II, pp. 106-107. No obstante, todavía es visible la fuerte presencia del eclecticismo, en contraste con la poca huella de las tesis correccionistas, que, por entonces, comenzaban a arraigar en España. E. Iñesta Pastor, *Influencias extranjeras en la configuración de la pena en los códigos penales españoles decimonónicos*, pp. 474-475.

[127] En la sesión de 9 de abril de 1869, el diputado Francisco José de Moya pidió su supresión, aduciendo su carácter inmoral e irreparable, y en la sesión del 10 de abril su ejemplo fue secundado por otros diputados, que abogaron por la inclusión de dos preceptos que estableciesen su abolición tanto para los delitos políticos como, condicionándolo a

No habiendo sido estimada, por tanto, su supresión, la pena de muerte se mantenía en la cima de la escala de las penas aflictivas[128], si bien su aplicación solamente se contemplaba cuando concurría alguna circunstancia agravante, y en ningún caso constituía la única pena prevista[129] para un supuesto delictivo determinado que estuviera penado, a falta de tales elementos adicionales, con cadena perpetua o temporal[130]; de igual modo que el juez podía eludir su imposición en virtud de las reglas operativas en el caso de existir atenuantes[131]. Llevaba, por otra parte, aparejada como accesoria la pena de inhabilitación absoluta perpetua cuando la principal fuese conmutada por concesión de indulto, salvo que se hubiese remitido especialmente[132]. Asimismo, el procedimiento de la ejecución, que debía ser exclusivamente efectuada mediante el garrote[133], permanecía prácticamente invariable en sus fases, requisitos y excepciones[134], aunque se enunciaba la posibilidad de que en el futuro

una reforma del régimen penitenciario, los comunes. A. Bádenas Zamora, *Referentes parala regulación de la pena capital en la Codificación española del siglo XIX*, pp. 586-587.

[128] *Código penal de 1870* (cito por la edición del *Código Penal reformado mandado publicar provisionalmente en virtud de autorización concedida al gobierno por la ley de 17 de junio de 1870*, Madrid 1870, recogida en J. Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos y L. Ruiz de Gordejuela López, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, I, pp. 495-666), [artículo 24], que coincide con el artículo 24 de los Códigos de 1848 y 1850.

[129] En este mismo sentido, J. Antón Oneca, *El Código penal de 1870*, p. 243.

[130] Sobre este rasgo llama la atención: Núñez Barbero, *La reforma penal de 1870*, p. 55.

[131] Reglas contenidas en *Código penal de 1870*, [artículos 81, y 82].

[132] *Código penal de 1870*, [artículo 53]: «La pena de muerte, cuando no se ejecutare por haber sido indultado el reo, llevará consigo la de inhabilitación absoluta perpetua, si no se hubiese remitido especialmente en el indulto dicha pena accesoria».

[133] *Código penal de 1870*, [artículo 102]: «1. La pena de muerte se ejecutará en garrote sobre un tablado».

[134] Los artículos 102 a 105 del *Código penal de 1870* en los que se regulaba, apenas presentaban algunos cambios menores en su redacción respecto a los artículos 89 a 93 del *Código penal de 1848*. Principalmente, se precisaba que la ejecución debía ser verificada en horario diurno, a las veinticuatro horas de ser dictada la sentencia - lo que suponía una reducción del tiempo de espera en capilla -, y se eliminaban la publicación de la misma por el pregonero en ciertos lugares señalados, la peculiaridad del ropaje y el birrete amarillos que deberían vestir el regicida y el parricida, frente al negro dispuesto para el resto de los reos, y la exposición del cadáver hasta el anochecer. Describe y comenta este procedimiento J. M. Puyol Montero, *Algunas influencias doctrinales y legales en la regulación de la pena de muerte en la codificación penal española del siglo XX* …, pp. 201-202.

se realizase en el interior de las cárceles[135]. Y la sentencia condenatoria continuaba prescribiendo a los veinte años[136].

Si entramos en el examen del catálogo de delitos para los que estaba prevista la pena de muerte, tenemos, como primera constatación, que en lógica consonancia con la eliminación en la Constitución de 1869 del carácter confesional del Estado, la tentativa de abolir o alterar la vigencia de la religión católica en España, penada en el Código penal de 1822 con la muerte y en el Código penal de 1848 con reclusión temporal y destierro perpetuo o prisión mayor, dependiendo de que autor fuese una autoridad pública, o no, dejaba ahora de estar contemplada como una conducta delictiva.

Naturalmente, en el escalón más alto entre los delitos merecedores de un mayor rechazo seguía situada la traición[137]. No obstante, ni en sus manifestaciones más graves tenía reservada la pena capital como única solución punitiva, desapareciendo, de hecho, su imposición incondicionada a quien intentase destruir la independencia o la integridad del Estado, que estaba prevista en el Código penal de 1848[138], al igual que inducir o acordar con una potencia extranjera la declaración de guerra contra España dejaba de abocar a la pena capital si el conflicto llegase a desatarse o, de no ser así, a la cadena perpetua, para ser castigado ahora con pena de cadena perpetua a muerte en el primer caso y de cadena temporal en su grado medio a cadena perpetua cuando, finalmente, no estallase la contienda[139]. Sin embargo, la opción de cadena perpetua a muerte, que no era contemplada para este tipo de delitos en los códigos de 1848 y 1850, también estaba señalada para el español que: facilitase al enemigo la entrada en el reino o la toma

[135] *Código penal de 1870*, [artículo 103]; «Hasta que haya en las cárceles un lugar destinado para la ejecución pública de la pena de muerte, el sentenciado a ella, que vestirá hopa negra, será conducido al patíbulo en el carruaje destinado al efecto, ó donde no lo hubiere, en carro»:

[136] *Código penal de 1870*, [artículo 134]: «1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: la de muerte y cadena perpetua a los veinte años […]».

[137] A, Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, III, p. 14, definía los delitos de traición como aquellos «que tienen por fin directo o indirecto la entrega en todo o en parte de la patria al extranjero o a facilitar al enemigo la posesión o el dominio del territorio nacional».

[138] *Código penal de 1848*, [artículo 139].

[139] *Código penal de 1870*, [artículo 136]: «El español que indujere á una potencia extranjera á declarar guerra á España, ó se concertare con ella para el mismo fin, será castigado con la pena de cadena perpetua á muerte, si llegare á declararse la guerra, y en otro caso con la de cadena temporal en su grado medio á la de cadena perpetua». Compárese con el artículo 140 del Código penal de 1848.

de una plaza, puesto militar, buque estatal o almacén de boca o de guerra; persuadiera a una tropa española o extranjera al servicio de España para pasarse al enemigo o desertar; o reclutara en España efectivos para combatir bajo bandera enemiga contra el ejército español; siendo el delito frustrado considerado como consumado y la tentativa merecedora de la pena inferior en un grado[140]. Y, asimismo, ésta era la pena establecida para los Ministros de la Corona que, contraviniendo el artículo 74 de la Constitución de 1869, autorizasen la emisión de un decreto que comportase: enajenar, ceder o permutar cualquier parcela de territorio español; admitir la penetración de tropas extranjeras en el reino; o ratificar tratados de alianza ofensiva que provocasen que España se involucrase en una guerra[141], aunque en este último supuesto la pena se rebajaba a la de prisión temporal en su grado medio a cadena perpetua cuando el tratado de alianza no llegara a desencadenar un enfrentamiento bélico o cuando solamente se estipulase la concesión de subsidios a otra potencia[142].

Otras de las conductas que en los Códigos de 1848 y 1850 tenían prevista una pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte mantenían, sin embargo, su descripción y esta misma penalidad: tomar

[140] *Código penal de 1870*, [artículo 137]: «1. Será castigado con la pena de cadena perpetua á muerte: 1º El español que facilitare al enemigo la entrada en el Reino, la toma de una plaza, puesto militar, buque del Estado ó almacenes de boca ó guerra del mismo. 2º El español que sedujere tropa española ó que se hallare al servicio de España, para que se pase á las filas enemigas ó deserte de sus banderas, estando en campaña. 3º El español que reclutare en España gente para hacer la guerra á la patria, bajo las banderas de una potencia enemiga. 2. Los delitos frustrados de los hechos comprendidos en los números anteriores, serán castigados como si fueren consumados, y las tentativas con la pena inferior en un grado». A. Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 comentado y concordado*, III, pp. 37-38, insistía en la idea de que era indispensable que se produjese un acto material de auxilio, asistencia o cooperación con un ejército enemigo, es decir, de un país con el que hubiera existido una declaración de guerra y se mostraba contrario a la reforma introducida respecto al Código penal de 1848, al suprimir la equiparación entre tentativa y consumación.

[141] *Código penal de 1870*, [artículo 142]: «Incurrirán en la pena de cadena perpetua á muerte los ministros de la Corona que, con infraccion del artículo 74 de la Constitucion, autorizaren decreto: 1º E Enajenando, cediendo ó permutando cualquiera parte del territorio español. 2º Admitiendo tropas extranjeras en el Reino. 3º Ratificando tratados de alianza ofensiva, que hayan producido la guerra de España con otra potencia».

[142] *Código penal de 1870*, [artículo 143]: «Serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua los mencionados en el artículo anterior que con infraccion del artículo 74 de la Constitucion autorizaren decreto: 1º Ratificando tratados de alianza ofensiva, que no hayan producido la guerra de España con otra potencia. 2ª Ratificando tratados en que se estipulase dar subsidios á una potencia extranjera».

las armas contra España bajo bandera enemiga; reclutar gente en territorio español para servir a una potencia rival, pero no con el fin de que tomase parte directa en un conflicto bélico con España[143]; suministrar a un ejército enemigo caudales, armas, embarcaciones, municiones o planos de terrenos o fortalezas, documentos o noticias que pudieran favorecer una acción hostil o el progresos de sus fuerzas militares; e imposibilitar, en tiempo de guerra, la provisión de auxilios, datos o informaciones a las tropas nacionales[144]. Asimismo, como en los dos códigos precedentes, la conspiración para cometer estas acciones delictivas se penaba con presidio mayor y su proposición con presidio correccional, si bien se suprimía -como lo había hecho el Código de 1850- el controvertido apartado del Código de 1848, que permitía eludir la pena mediante una expresión voluntaria de desistimiento por parte del autor[145]. En contraste, dejaba de contemplarse como objeto de este arco de penas proporcionar o revelar al enemigo documentos o negociaciones reservadas de las que se hubiese logrado tener conocimiento gracias al desempeño de un puesto oficial o por algún otro medio no permitido[146]. Quienes cometieran estos delitos contra un país aliado de España, encontrándose en campaña contra un enemigo común, serían castigados con las penas inferiores en un grado[147]; y la misma

[143] Esta excepción no era contemplada en el [artículo 142. 6º de 1848).

[144] *Código penal de 1870*, [artículo 138]: «Sera castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte: 1º El español que tomare las armas contra su patria, bajo banderas enemigas. 2º El español que reclutare en España gente para el servicio de una potencia enemiga, en el caso de que no fuese para que aquella tome parte directa en la guerra contra España. 3º. El español que suministrare á las tropas de una potencia enemiga caudales, armas, embarcaciones, efectos ó municiones de boca ó guerra, ú otros medios directos y eficaces para hostilizar á España, ó favoreciere el progreso de las armas enemigas de un modo no comprendido en el artículo anterior. 4º El español que suministrare al enemigo planos de fortalezas ó de terrenos, documentos ó noticias que conduzcan directamente al mismo fin de hostilizar á España ó de favorecer el progreso de las armas enemigas. 5º El español que en tiempo de guerra impidiere que las tropas nacionales reciban los auxilios expresados en el número 3º ó los datos y noticias indicados en el 4º».

[145] *Código penal de 1870*, [artículo 139]: «La conspiracion para cualquiera de los delitos expresados en los tres artículos anteriores se castigará con la pena de presidio mavor, y la proposicion para los mismos delitos, con la de presidio correccional». Desaparecía, sin embargo, el tercer parágrafo del artículo 143 del Código de 1848, que eximía de toda pena ante el desistimiento de la conspiración o la proposición.

[146] Así se disponía en el artículo 144 del Código penal de 1848, anteriormente citado.

[147] *Código penal de 1870*, [artículo 141]: «Los que cometieren los delitos expresados en los artículos anteriores contra una potencia aliada de España, en el caso de hallarse en campaña contra el enemigo comun, serán castigados con las penas inferiores en un grado a las respectivamente señadas».

rebaja beneficiaba al extranjero residente en España, sin perjuicio de lo que dispusieran los tratados internacionales y las reglas del derecho de gentes sobre los funcionarios diplomáticos[148].

La continuidad con los códigos penales de 1848 y 1850 afloraba, también, en el apartado de los delitos etiquetados como contrarios al derecho de gentes, al tipificarse la autoría de la muerte de un Monarca o Jefe de Estado extranjero residente en España, si bien la pena prevista ya no era únicamente, cuando se produjese el resultado fatal, la capital, sino que podía variar de reclusión temporal en su grado máximo a muerte, aunque si solamente se causaran lesiones graves descendía a la de reclusión temporal y si fueran leves a la de prisión mayor[149].

Esta misma atemperación de la penalidad se reflejaba en el delito de piratería cometido contra ciudadanos españoles, o de otra nación que no estuviera en guerra contra España, pues, frente a la pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte señalada en los códigos precedentes, ahora pasaba a ser castigada con cadena temporal a cadena perpetua, y con presidio mayor si el acto de piratería tuviese como víctimas a súbditos no beligerantes de un país que estuviera en guerra con España[150]. Sin embargo, repitiendo literalmente lo preceptuado en los códigos de 1848 y 1850, cuando el delito se hubiera consumado con la concurrencia de ciertas circunstancias agravantes: abordaje o incendio de un buque, acompañamiento de asesinato, homicidio, lesiones muy graves, atentado contra la honestidad y abandono de personas sin medios para salvarse, y siempre para el capitán o patrón del navío asaltante, la pena era de cadena perpetua a muerte en el caso del primer tipo de víctimas diferenciado y de

[148] *Código penal de 1870*, [artículo 140]: «El extranjero residente en territorio español que cometiere alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, será castigado ron la pena inmediatamente inferior á la señalada en estos, salvo lo establecido por tratados ó por el derecho de gentes; acerca de los funcionarios diplomáticos».

[149] *Código penal de 1870*, [artículo 153]: «1. El que matare á un Monarca ó Jefe de otro Estado, residentes en España. será castigado con la pena de reclusion temporal en su grado máximo á muerte. 2 El que produjere lesiones graves á las mismas personas, será castigado con la pena de reclusion temporal, y con la de prision mayor si las lesiones fueren leves». Véase el cambio de redacción operado respecto al artículo 154 del Código penal de 1848, arriba citado, que no establecía esta distinción de penas en función de la gravedad de las lesiones, imponiendo, en todo caso, la condena temporal.

[150] *Código penal de 1870*, [artículo 155]: «1. El delito de piratería cometido contra españoles ó súbditos de otra nación que no se halle en guerra con España, será castigado con la cadena de pena temporal á cadena perpétua. 2. Cuando el delito se cometiere contra súbditos no beligerantes de otra nacion que se halle en guerra con España, será castigado con la pena de presidio mayor».

cadena temporal a perpetua en el segundo[151]. No se recogía, sin embargo, la disposición de los códigos precedentes que aplicaba idénticas penas a quienes hubieran entregado a los piratas la embarcación utilizada para cometer estas acciones.

Insertas en el título dedicado a los delitos contra la Constitución, también respecto a las conductas consideradas constitutivas del crimen de lesa majestad persistía la represión con la pena capital de sus manifestaciones más graves: es decir, matar al rey, al inmediato sucesor a la Corona o al Regente del reino. No obstante, cuando el delito había sido consumado cabía calibrar entre la reclusión perpetua y la muerte, y cuando resultase frustrado o se quedará en tentativa entre la reclusión temporal en su grado máximo y la muerte, mientras que la conspiración comportaba la reclusión temporal y la mera proposición la prisión mayor[152]. Otras formas delictivas, como atentar contra la libertad, la seguridad y la integridad física, del monarca, se castigaban con penas de reclusión[153].

En la sección tercera del mismo título se definían como delitos contra la forma de gobierno todos aquellos actos o hechos orientados directamente a conseguir por la fuerza o por medios ilícitos: reemplazar el gobierno monárquico-constitucional por otro monárquico-absoluto o republicano; despojar a cualquiera de los cuerpos legisladores, al rey, al regente o a la

[151] *Código penal de 1870*, [artículo 156]: «Incurrirán en la pena de cadena perpétua a muerte los que cometan los delitos de que se trata en el párrafo primero del artículo anterior, y en la pena de cadena temporal á cadena perpétua los que cometan los delitos de que habla el párrafo segundo del mismo artículo: 1º Siempre que hubieren apresado alguna embarcación al abordaje o haciéndola fuego. 2º Siempre que el delito fuere acompañado de asesinato ú homicidio ó de alguna de las lesiones designadas en los artículos 429 y 430 y en los números 1º y 2º del 431. 3ª Siempre que fuere acompañado de cualquiera de los atentados contra la honestidad señalados en el capítulo II, título IX de este libro. 4º Siempre que los piratas hayan dejado algunas personas sin medios de salvarse. 5ª En todo caso el capitán o patrón piratas».

[152] *Código penal de 1870*, [artículo 157]: «Al que matare al Rey se le impondrá la pena de reclusión perpetua a muerte»; [artículo 158]: «1. El delito frustrado y la tentativa de delito, de que trata el artículo anterior, se castigará con la pena de reclusión temporal en su grado máximo a muerte. 2. La conspiración, con la de reclusión temporal. 3. Y la proposición con la prisión mayor»; [artículo 163]: «1. El que matare al inmediato sucesor á la Corona, ó al Regente del Reino será castigado con la pena de reclusión temporal en su grado máximo a muerte».

[153] Especial interés ofrece por su originalidad, al no aparecer en los códigos anteriores, *Código penal de 1870*, [artículo 159]: «Se castigará con la pena de reclusion temporal á prisión perpetua: 1º Al que privare al Rey de su libertad personal. 2º Al que con violencia o intimidación graves le obligare á ejecutar un acto contra su voluntad. 3º. Al que le causaré lesiones graves, no estando comprendidas en el párrafo primero del art. 158».

regencia de todas o parte de las prerrogativas atribuidas por la Constitución; variar el orden sucesorio legítimo a la Corona o privar a la dinastía reinante de sus derechos constitucionales; desposeer al padre o, en su defecto, la madre del rey, o a falta de ambos, al Consejo de Ministros, de la facultad de gobernar provisionalmente hasta el nombramiento por las Cortes de la regencia en el caso de imposibilidad del rey, vacancia de monarca o minoría de edad del inmediato sucesor[154]. Cuando cualquiera de estas acciones se hubiera perpetrado mediante un alzamiento en armas pública y abiertamente hostil, quienes lo promovieran, sostuvieran o lideraran eran castigados con la pena de reclusión temporal en su grado máximo a muerte. Y quienes hubieran actuado como mandos subordinados, con la de reclusión temporal a muerte, si fuesen personas dotadas de autoridad civil o eclesiástica, o si se hubiese entablado combate con la fuerza pública fiel al gobierno, se hubieran producido daños importantes en las propiedades privadas, municipales o estatales, cortado la líneas telefónicas o ferroviarias, ejercido violencia grave contra las personas, exigido exacciones o desviado caudales públicos de su destinación, y con la de reclusión temporal si no se diera alguna de estas circunstancias; mientras que para los meros ejecutores se preveía la pena de prisión mayor en grado medio a reclusión temporal en su grado mínimo, cuando concurrieran los mencionados agravantes, y la de prisión mayor, en el caso contrario[155]. Para aquéllos que se levantasen

[154] *Código penal de 1870*, [artículo 181]: «Son reos de delito contra la forma de Gobierno establecida por la Constitucion, los que ejecutaren cualquiera clase de actos ó hechos encaminados directamente á conseguir por la fuerza, ó fuera de las vías legales, uno de los objetos siguientes: 1º. Reemplazar el Gobierno monárquico-constitucional por un Gobierno monárquico-absoluto ó republicano. 2º Despojar en todo ó en parte á cualquiera de los Cuerpos Colegisladores, al Rey, al Regente ó a la Regencia de las prerrogativas y facultades que les atribuye la Constitucion. 3º. Variar el orden legítimo de sucesion á la Corona, ó privar á la dinastía de los derechos que la Constitucion le otorga. 4º Privar al padre del Rey, ó en su defecto á la madre, y en defecto de ambos, al Consejo de ministros la facultad de gobernar provisionalmente el Reino hasta que las Córtes nombren la Regencia cuando el Rey se imposibilitare para ejercer su autoridad ó vacare la Corona, siendo de menor edad el inmediato sucesor».

[155] *Código penal de 1870*, [artículo 184]: «Los que se alzaren públicamente en armas y en abierta hostilidad para perpetrar cualquiera de los delitos previstos en el art. 181, serán castigados con las penas siguientes: 1º Los que hubieren promovido el alzamiento o lo sostuvieren ó lo dirigieren ó aparecieren como sus principales autores, con la pena de reclusión temporal en su grado máximo á muerte. 2º Los que ejercieren un mando subalterno con la de reclusión temporal á muerte, si fueren personas constituidas en Autoridad civil ó eclesiástica, ó si hubiere habido combate entre la fuerza de su mando y la fuerza pública fiel al Gobierno ó aquella hubiera causado estragos en las propiedades de los particulares, de los pueblos ó del Estado, cortado las líneas telegráficas ó las vías

en rebelión sin recurso al empleo de armas se preveía, solamente, la pena de prisión mayor[156]. Además, también incurrían en un delito contra la forma de gobierno quienes realizaran manifestaciones políticas, lanzaran proclamas, pronunciaran discursos, leyeran o repartieran impresos o exhibieran lemas o banderas en reuniones públicas o de gran asistencia, provocando reacciones encaminadas a hacer efectivos cualquiera de los propósitos arriba señalados, si bien la pena para ellos quedaba reducida al destierro[157]. Como, asimismo, los funcionarios públicos que diesen cumplimiento a un mandato u orden del rey que no hubiera sido refrendado por el ministro competente, si bien la consecuencia penal de este comportamiento era mucho más leve: inhabilitación temporal especial[158].

Un tratamiento diferenciado se dispensaba al delito de rebelión, a pesar de que la proximidad entre ambas categorías de actos criminales se reflejaba en el hecho de que al establecer la penalidad de las actuaciones constitutivas de rebelión se hacía remisión directa a las soluciones adoptadas respecto a los delitos contra la forma de gobierno. La caracterización de tales conductas tampoco difería mucho de la contenida en los códigos precedentes de 1848 y 1850 -aunque desaparecían algunos supuestos-, incluyendo las de todos aquellos que se levantasen públicamente y de forma claramente hostil

férreas, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones ó distraído los caudales públicos de su legítima inversión [] Fuera de estos casos, se impondrá al culpable la pena de reclusion temporal. 3º Los meros ejecutores del alzamiento con la pena de prisión mayor en su grado medio á reclusión temporal en su grado mínimo, en los casos previstos en el párrafo primero del número anterior, y con la de prisión mayor en toda su extensión, en los comprendidos en el párrafo segundo del propio numero».

156 *Código penal de 1870*, [artículo 185]: «Los que sin alzarse en armas y en abierta hostilidad con el Gobierno, cometieren alguno de los delitos previstos en el art. 181, serán castigados con la pena de prisión mayor».

157 *Código penal de 1870*, [artículo 182]: «Delinquen también contra la forma de gobierno: 1º Los que en las manifestaciones políticas, en toda clase de reuniones públicas ó en sitios de numerosa concurrencia, dieren vivas ú otros gritos que provocaren aclamaciones directamente encaminadas á la realización de cualquiera de los objetos determinados en el articulo anterior. 2º. Los que en dichas reuniones y sitios pronunciaren discursos ó leyeren ó repartieren impresos o llevaren lemas y banderas que provocaren directamente á la realización de los objetos mencionados en el articulo anterior»; [artículo 186]: «El que cometiere cualquiera de los delitos comprendidos en el art. 182 será castigado con la pena de destierro».

158 *Código penal de 1870*, [artículo 183]: «Delinquen además contra la forma de Gobierno los funcionarios públicos que dieren cumplimiento á mandato ú orden que el rey dictare en ejercicio de su autoridad, sin estar firmado por el ministro á quien corresponda»; [artículo 187]: «El funcionario público responsable del delito previsto en el art. 183 sufrirá la pena de inhabilitación temporal especial».

contra el gobierno con el fin de: destronar al rey o deponer al Regente o a la Regencia, privarles de su libertad personal u obligarles a ejecutar actos contrarios a su voluntad; impedir la celebración de las elecciones para diputados a Cortes, la reunión de éstas, las deliberaciones de alguno de sus cuerpos legisladores o la designación por su parte del tutor del rey menor o de la titularidad de la regencia, arrancarlas alguna resolución o disolverlas; provocar la salida del reino o de una parte del mismo, o de un cuerpo del ejército, de la marina o de cualquier otra fuerza armada, de la obediencia al gobierno; o usurpar las facultades constitucionales de los ministros de la Corona, despojarles de ellas o no permitirles su libre ejercicio[159]. La participación en la rebelión deparaba la pena de reclusión temporal en su grado máximo a muerte para quienes la hubieran inducido, promovido o sostenido o asumido su caudillaje, y la de reclusión temporal - sin exclusión de grados inferiores - a muerte para quienes se sumaron con funciones de mando subordinadas, aunque era rebajada a la de reclusión temporal, dependiendo del tipo de actos realizados[160]; en tanto que los meros ejecutores eran castigados con la pena de prisión mayor en su grado medio a reclusión temporal en su grado mínimo o bien con la de prisión mayor, también en consonancia con la gravedad de su colaboración[161]. La

[159] *Código penal de 1870*, [artículo 243]: «Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente y en abierta hostilidad contra el Gobierno para cualquiera de los objetos siguientes: 1º Destronar al Rey, deponer al Regente ó Regencia del Reino ó privarles de su libertad personal ú obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad. 2º Impedir la celebración de las elecciones para Diputados á Cortes en todo el Reino, o la reunión legítima de las mismas. 3º Disolver las Cortes ó impedir la deliberación de alguno de los Cuerpos Colegisladores ó arrancarles alguna resolución. 4º. Ejecutar cualquiera de los delitos previstos en el artículo 165. 5. Sustraer el Reino ó parte de él ó algún cuerpo de tropa de tierra ó de mar ó cualquiera otra clase de fuerza armada de la obediencia al supremo Gobierno. 6º. Usar y ejercer por sí ó despojar a los ministros de la Corona de sus facultades constitucionales, ó impedirles ó coartarles su libre ejercicio».

[160] *Código penal de 1870*, [artículo 244]: «Los que induciendo y determinando á los rebeldes, hubieren promovido ó sostuvieren la rebelión y los caudillos principales de ésta, serán castigados con la pena de reclusión temporal en su grado máximo a muerte»; [artículo 245]: «Los que ejercieren un mando subalterno en la rebelion, incurriran en la pena de reclusion temporal á muerte, si se encontraren en alguno de los casos previstos en el párrafo primero del núm. 2.º del art. 184; y con la de reclusión temporal si no se encontraren incluidos en ninguno de ellos».

[161] *Código penal de 1870*, [artículo 246]: «Los meros ejecutores de la rebelion seran castigados con la pena de prision mayor en su grado medio á reclusion temporal en su grado mínimo, en los casos previstos en el párrafo primero del núm. 2.º del art. 184; y con la de prision mayor en toda su extension no estando en el mismo comprendidos».

conspiración y la proposición reportaban penas inferiores[162]. En contraste, en el delito de sedición no se contemplaba la imposición de la pena capital en supuesto o en grado de intervención alguno.

Tampoco se apartaba este código de los anteriores al extender la proyección de la pena de muerte a algunos delitos muy graves contra las personas. Al parricida, en cuya caracterización también había coincidencia, excepto por la exclusión del parentesco adoptivo y la limitación a los legítimos de los descendientes de un grado superior a los hijos, se le señalaba esta pena cuando no se optase por la imposición de la cadena perpetua, desapareciendo, por tanto, su previsión como solución punitiva única cuando estuviera cualificado por premeditación o ensañamiento[163]. Mientras que el infanticidio se equiparaba al parricidio o al asesinato, excepto - como en los Códigos de 1848 y 1850 - en el caso de la madre que para esconder su deshonra matase al hijo antes de que cumpliese tres días, siendo la pena para ella de prisión correccional en sus grados medio y máximo, y para los abuelos maternos, si fuesen ellos lo que acabasen con la vida del recién nacido, la de prisión menor[164].

El asesinato, en el que incurría - como en los códigos de 1848 y 1850, aunque estos no empleaban esta calificación[165] - quien matase a alguna persona con alevosía, precio o promesa de remuneración, por medio de inundación, incendio o veneno, con premeditación o con ensañamiento y aumento intencionado del dolor causado a la víctima, era, su vez, castigado con la pena de condena temporal en su grado máximo a muerte[166]. Pero

[162] *Código penal de 1870*, [artículo 249]: «1. La conspiración para el delito de rebelión será castigada con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo. 2 La proposición será castigada con la prisión correccional en su grado mínimo y medio».

[163] *Código penal de 1870*, [artículo 417]: «El que matare á su padre, madre ó hijo, sean Iegitimos o ilegítimos, o a cualquiera otro de sus ascendientes ó descendientes, ó a su conyuge, será castigado, como parricida, con la pena de cadena perpetua á muerte».

[164] *Código penal de 1870*, [artículo 424]: «1. La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo, que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de prision correccional en sus grados medio y máximo. 2. Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de prision mayor. 3. Fuera de estos casos, el que mataré a un recién-nacido incurrirá según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato».

[165] Al incorporar este tipo, se pretendía poner de manifiesto la enorme distancia legal y moral que separaban el asesinato y el parricidio del homicidio. Así lo sostenía, con fundado conocimiento, A. Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, pp. 392-393,

[166] *Código penal de 1870*, [artículo 418]: «1. Es reo de asesinato el que, sin estar comprendido en el artículo anterior, matare á alguna persona, concurriendo alguna de

no concurriendo estos agravantes, la autoría de un homicidio únicamente comportaba la pena de reclusión temporal[167]. Desaparecía, por el contrario, la aplicación de la pena capital - contemplada en los códigos precedentes - al individuo que castrase a otro de forma intencionada[168].

Al igual que en el código de 1848 y en su reforma de 1850, en el apartado de los delitos contra la propiedad susceptibles de ser reprimidos con la pena capital se incluía el robo con violencia o intimidación en las personas, aunque a diferencia de aquellos, únicamente en el supuesto de que con causa o en ocasión de su comisión se produjese un homicidio podría el culpable ser castigado con pena de cadena perpetua a muerte[169], mientras que otros agravantes que anteriormente resultaban equiparados en su tratamiento, ahora deparaban penas de grado inferior[170]. Reducción que también afectaba a la provocación malintencionada de un incendio o de otro tipo de estragos, que en los mencionados códigos precedentes podía dar lugar a una pena de cadena perpetua a muerte cuando se producía en determinados lugares o instalaciones, pero que ahora, aún en los supuestos considerados más graves, solamente era penada con cadena temporal en su

las circunstancias siguientes: 1ª. Con alevosía. 2ª. Por precio ó promesa remuneratoria. 3ª. Por medio de inundación, incendio ó veneno. 4ª Con premeditación conocida. 5ª. Con ensañamiento, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido. 2. El reo de asesinato será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte».

167 *Código penal de 1870*, [artículo 419]: «1. Es reo de homicidio el que, sin estar comprendido en el art. 417, matare á otro, no concurriendo alguna de las circunstancias numeradas en el articulo anterior. 2. El reo de homicidio será castigado con la pena de reclusión temporal».

168 *Código penal de 1870*, [artículo 429]: «El que de propósito castrare á otro será castigado con la pena de reclusión temporal á perpetua».

169 Esta exclusividad fue criticada por un sector de la doctrina, por entender que asimismo el salteador de caminos y, más aún si actuaba en cuadrilla, merecía dicha pena. Así, J. González Serrano, *Apéndice a los comentarios del Código Penal de Don Joaquín Francisco Pacheco o sea el nuevo código, comentadas las adiciones que contiene*, Madrid 1870, p. 233. Véase, D. Guillot Aliaga, *Los delitos de robo y hurto en la Codificación penal del siglo XIX*, en A. Masferrer (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal en España. Parte especial*, p. 966.

170 *Código penal de 1870*, [artículo 516]: «1. El culpable de robo con violencia ó intimidación en las personas será castigado: 1ª Con la pena de cadena perpetua á muerte, cuando con motivo ó con ocasión del robo, resultare homicidio. 2ª. Con la pena de cadena temporal en su grado medio á cadena perpétua, cuando el robo fuere acompañado de violencia ó mutilación causada de propósito, ó con su motivo ú ocasion se causare alguna de las lesiones penadas en el n. 1 del art. 431, ó el robado fuere detenido bajo rescate ó por mas de un día…».

grado máximo a perpetua[171].

Constituyendo en este Código la pena capital no un tipo penal autónomo, sino el grado máximo aplicable a un determinado delito, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su resolución de los recursos de casación frente a las sentencias de muerte dictadas por las audiencias provinciales nos permite saber que, normalmente, se acudía a este fatal agravamiento de la pena en causas de asesinato y de robo con homicidio, a veces combinados con lesiones y violaciones[172].

Es importante destacar que fue, precisamente, en el sexenio democrático cuando afloró con claridad la existencia de una corriente abiertamente abolicionista. Como antes se ha mencionado, ya en su primera etapa se produjeron declaraciones por parte de la Junta Revolucionaria Central y de algunos diputados en este sentido. Pero fue, sobre todo, a raíz de la proclamación, en 1873, de la I República cuando el movimiento tomó mayor fuerza, como lo refleja su prevista abolición en el fallido Código penal impulsado por el ministro de Justicia, Nicolás Salmerón, que, de hecho, pocos meses después dimitiría como presidente de la República, para evitar tener que firmar varias sentencias de muerte. Su sucesor, Emilio Castelar, se apresuró en la confirmación de la vigencia de su aplicación con el propósito de recuperar la confianza de ciertos relevantes sectores del ejército, que no ocultaban su descontento con el rumbo tomado en esta cuestión por el gobierno de Salmerón.

6. *Restauración borbónica. Supresión de las ejecuciones públicas y progresos abolicionistas*

El debate se mantuvo vivo, también, a lo largo del período de la Restauración, iniciado en 1875 con el restablecimiento en el trono de los Borbones, en la persona del rey Alfonso XII, y caracterizado por

[171] *Código penal de 1870*, [artículo 561]: «Serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado máximo a perpétua: 1º Los que incendiaren arsenal, astillero, almacén, fábrica de pólvora ó de pirotecnia militar, parque de artillería, archivo ó museo general del Estado. 2º Los que incendiaren un tren de viajeros en marcha ó un buque fuera de puerto. 3º Los que incendiaren en poblado un almacen de materiales inflamables ó explosivas. 4º Los que incendiaren un teatro ó una iglesia ú otro edificio destinado á reuniones cuando se hallare dentro una concurrencia numerosa». Otros supuestos delictivos de la causación de incendio u otros estragos en los artículos 562 a 574.

[172] P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 35-36.

el predominio institucionalizado de los postulados conservadores y moderados. Sin embargo, no cuestionándose en el sentir general, la pertinencia de la subsistencia de la pena de muerte[173], que, incluso, experimentó un incremento en el número de sentencias que la imponían, alcanzando números muy elevados en las tres últimas décadas del siglo XIX[174], y el carácter público de su ejecución, que ya apenas se mantenía en otros países europeos, aunque, cada vez más, se reprobaba que se convirtiera en un espectáculo humillante para el ajusticiado, el foco de la discusión se concentró en la habitual falta de proporcionalidad en su aplicación a determinados delitos, en la naturaleza política de muchas condenas y en los abusos cometidos por los tribunales militares.

Durante la larga etapa de vigencia del Código de 1870, se produjeron algunas aportaciones legislativas importantes. El primer paso se dio mediante una real orden de 24 de noviembre de 1894, que ordenaba que las ejecuciones se efectuasen dentro del recinto de las prisiones, siempre que existiera un lugar adecuado, o en su defecto, donde determinase el tribunal sentenciador[175]. Disposición a la que siguió la proposición de ley promovida

[173] Así lo constata V. Lucea Ayala, *Reos verdugos y muchedumbres: la percepción popular de la penalidad y la pena de muerte. Zaragoza, 1855-1915*, en «Revista de historia Jerónimo Zurita», 76-77 (2002), p. 134.

[174] Las evaluaciones, aunque no muy distantes, varían según los autores. M. D. Serrano Tárrega, *La pena capital en el sistema español*, Madrid 1992, p. 174, señala que en la década de los años 1870 a 1880 se dictaron 297, entre 1881 y 1890 subieron a 396, y de nuevo lo hicieron entre 1891 y 1900, con nada menos que 565 condenas a muerte. Distintas son las cifras proporcionadas por J. M. Puyol Montero, *The Death Penalty in Nineteenth Century Spain*, p. 105, respecto a las ejecuciones efectuadas en la jurisdicción ordinaria: 265 en la década 1870-1879; 356 entre 1880 y 1889 y 441 de 1890 a 1899. A su vez, O. Bascuñán Añover, *La pena de muerte en la Restauración: una historia del cambio social*, en «Historia y política: ideas, procesos y movimientos sociales», 35 (enero-junio 2016), 203-230, p. 211, hace estimaciones para el periodo 1870-1879, cifrando en 265 las penas de muerte dictadas, de las que, aproximadamente, la mitad, 129, fueron indultadas, mientras que entre 1880 y 1890 registra 358 condenas y 239 indultos, y en la década de 1890 a 1900, 427 condenas, de las que 314 fueron conmutadas. Por otra parte, la jurisprudencia publicada por el Tribunal Supremo arroja estos números: 217 sentencias de muerte entre 1870 y 1890, 341 de 1880 a 1889, y 419 en la última década de la centuria. J. M. Rodríguez Devesa, *Contribución a la imagen numérica de la pena de muerte en España*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», 178-179 (1967), pp. 361-362. Un estudio cualitativo, referido a los distintos delitos, de los pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo en sentencias de casación es abordado por J. M. Puyol Montero, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena de muerte en España (1870-1900),* en A. Masferrer (ed.), *La jurisprudencia penal en España (1870-1978). Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Cizur Menor (Navarra) 2023, pp. 871-919.

[175] *Real orden de 24 de noviembre de 1894, dictando reglas para la ejecución de la pena de*

en agosto de 1896 por el senador y médico Ángel Pulido Hernández, que fue aprobada como ley el 9 de abril de 1900, y que prohibía que la aplicación de la pena de muerte fuera pública, constriñéndola al ámbito de las prisiones, debiendo efectuarse en horario diurno, a las dieciocho horas de notificarse al reo la sentencia, con exclusión de los días festivos, y con asistencia limitada a una representación de las autoridades y a los encargados de proveer auxilio espiritual, con el fin de garantizar la privacidad de tan dramático momento [176]. Con ello, quedaba erradicado el espectáculo popular en el que durante siglos se habían convertido las ejecuciones[177], y contra el que ya se levantaban vehementes críticas, como las vertidas por la célebre pensadora, escritora y jurista Concepción Arenal[178] y por otros conocidos juristas y políticos, como Luis Silvela y Pedro Dorado Montero, alineados con las teorías correccionalistas y positivistas, que defendían la posibilidad de la regeneración del delincuente gracias a los efectos de la prisión y los avances introducidos por la ciencia penitenciaria[179]. Al tiempo que comenzaban a registrarse protestas populares contra la siniestra parafernalia que acompañaba a las ejecuciones.

Esta nueva regulación del procedimiento de ejecución de la pena de

muerte dentro del recinto de las cárceles. *Colección legislativa de España*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1894, tomo 156, 771-772. La propuesta de que las ejecuciones fuesen llevadas al interior de las prisiones ya había sido formulada por: M. Torres Campos, *La pena de muerte y su aplicación en España*, Madrid 1879, p. 15.

[176] La ley modificaba la redacción de artículo 102 del Código penal de 1870, dejándolo con el siguiente tenor: «La pena de muerte siempre se ejecutará en garrote, de día, en sitio adecuado de la prisión en que se hallaré el reo, y a las diez y ocho horas de notificarle la señalada para la ejecución, que no se verificará en día de fiesta religiosa o nacional». Además, los artículos 103 y 104 reducían el número de personas que podían entrar en comunicación con el condenado y que podían presenciar la ejecución (secretario judicial, representantes de las autoridades gubernativa y municipal, jefe de la prisión y empleados que éste designase, sacerdotes, asesores espirituales y tres vecinos designados por el alcalde si se prestasen a concurrir) y disponían que se izase una bandera negra visible desde fuera de la prisión, que permanecería ondeada durante todo el día, para garantizar un mínimo de publicidad.

[177] La justificación de esta medida la había anticipado Ángel Pulido Fernández en *La pena capital en España,* Madrid 1897. Sobre esta cuestión interesa, J. M. Puyol Montero, *La publicidad en la ejecución de la pena de muerte: las ejecuciones públicas en la España del siglo XIX*, en especial pp. 165-170.

[178] C. Arenal Ponte, *El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte*, en *Obras Completas*, Madrid, 1896, XII, pp. 141-145. En realidad, Arenal no propugnaba la abolición, sino que predicaba contra los excesos de los ajusticiamientos públicos, proponiendo privacidad y el uso de la corriente eléctrica, aunque admitía que el cadáver fuera expuesto después.

[179] P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 61-62.

muerte fue también incorporada en los sucesivos reglamentos de prisiones y se mantuvo en las décadas siguientes tanto en el Código Penal de 1928 como en el de 1944. Hay que hacer notar, sin embargo, que solo en la reforma del Reglamento de Prisiones realizada en 1956 se extendió la prohibición de las ejecuciones públicas a la jurisdicción militar.

Con todo, la supresión legal de la publicidad de las ejecuciones no suponía su absoluta exclusión[180]. En un sistema penal de carácter esencialmente retributivo, que contemplaba el castigo como una advertencia sobre el peligro que entrañaba incurrir en la delincuencia, era indispensable que la sociedad tuviese conocimiento de que la sentencia había sido, efectivamente, materializada. Así, las autoridades solían enviar tropas y fuerzas de orden público a los alrededores de la cárcel para intervenir en el caso de que se produjeran incidentes. Además, al consumarse el ajusticiamiento se izaba la bandera negra, se enviaba una breve nota al Boletín Oficial de la Provincia y se comunicaba a la prensa, si bien algunos de los periódicos de mayor impacto adoptaron la política de no dar especial difusión a las noticias sobre crímenes y ejecuciones[181].

La promulgación de esta ley que las erradicaba no impidió, sin embargo, que en los primeros años del siglo XX todavía se produjesen episodios aislados de ejecuciones públicas, que despertaron una gran expectación popular, pero no tardó en consolidarse su prohibición. Pues, en realidad, esta nueva regulación, respaldada con un amplio consenso político, emitía el reflejo de un importante cambio en las sensibilidades colectivas, que marcaba el tránsito hacia una nueva etapa en la cultura punitiva española, ahora ya claramente inclinada hacia la colocación de las penas privativas de libertad como el pilar más representativo del nuevo orden social y penal.

Lo que no desapareció fue, sin embargo, el enorme interés popular por los delitos sangrientos, que, gracias al auge de la prensa, desde finales del siglo XIX, adquirieron una extraordinaria celebridad. Las noticias sobre los casos famosos circulaban rodeadas de gran expectación y adornadas de todo lujo de detalles, verídicos o ficticios, sobre las circunstancias del crimen, los culpables y las víctimas. Incluso, en algunas ocasiones, se dieron manifestaciones de ira colectiva, reclamando la exhibición del cadáver de algún ajusticiado considerado especialmente odioso[182].

[180] Aunque si estaba prevista en el proyecto de Código penal del ministro de Gracia y Justicia, Juan Montilla Adán, de 1902: J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la Codificación española*, 5, *Codificación penal*, I, pp. 579-585.

[181] P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 78-79.

[182] P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 82-83.

El cambio de dirección hacia la humanización y la simplificación del ritual que acompañaba a las ejecuciones, eliminando sus concesiones al espectáculo, vino acompañado, según las estadísticas, de un sustancial descenso en el número de condenas a muerte emitidas en la jurisdicción civil frente al importante incremento que se había registrado en las últimas décadas del siglo XIX. Lo refleja la elevada cifra, 561, de sentencias a la pena capital dictadas entre 1891 y 1900 y el paulatino descenso que se observa en la primera década del siglo XX, aunque todavía se emitieron 381, bajando entre 1911 y 1920 su total a 218, y entre 1921 y 1930 a 110[183]. Además, a esta caída de los números se unió un notable aumento de la clemencia por parte de las autoridades públicas, ya que se estima que a partir de 1894 más de un 90% de las condenas eran indultadas o conmutadas por la de cadena perpetua, en consonancia con la mencionada supremacía que las penas privativas de libertad estaban adquiriendo en la arquitectura del sistema penal[184].

Sin embargo, la propia administración de justicia mostraba cierta resistencia frente a esta nueva cultura penal, cuando se juzgaban ciertos delitos, cuya mera comisión despertaba escepticismo sobre la eficacia correccional que una pena distinta de la capital podía tener sobre su autor. Así, el sentido de sus fallos permite pensar que el Tribunal Supremo, al resolver en casación, exhibía una mayor tendencia a desestimar los recursos contra las sentencias de muerte dictadas por los tribunales inferiores en los casos de asesinato, en especial con ocasión de un atentado, robo con homicidio y parricidio, y más aún si concurrían circunstancias de premeditación y alevosía[185]. Aunque, por otra parte, en esta época cobraba una presencia creciente la participación en los juicios de expertos en medicina, psiquiatría y psicología, con lo que una prueba pericial que demostrase la existencia de estados de ansiedad, perturbación u obcecación podría contrarrestar otros agravantes y redimir al procesado de la pena de muerte.

En sentido inverso, operaba, sin embargo, el hecho de que la concurrencia de agravantes como la alevosía normalmente se admitía cuando el delito afectaba a bienes jurídicos relacionados con la seguridad del Estado. Por ello, podía ser aplicada, incluso, cuando la acción violenta se hubiera producido a consecuencia de circunstancias sobrevenidas como,

[183] M. D. Serrano Tárrega, *La pena capital en el sistema español*, pp. 174-175.

[184] P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 83-84.

[185] Son conclusiones que se pueden extraer del examen de las sentencias publicadas entre 1901 y 1936 en los volúmenes correspondientes de *Jurisprudencia Criminal* y de la *Colección Legislativa de España*.

por ejemplo, en un enfrentamiento con agentes del orden o vigilantes de seguridad. Además, durante la Dictadura de Primo de Rivera, los ataques violentos a la propiedad volvieron a ser puestos bajo la jurisdicción militar. Y en virtud de un decreto de abril de 1924, el atraco a mano armada pasó a ser considerado un *delito militar*, por lo que en el caso de producirse heridos o muertos podía dar lugar a una pena que fuese de reclusión perpetua a muerte.

De igual modo, la violencia con la que, a veces, operaba el activismo anarquista, llevó a algunos responsables políticos y policiales a desplegar contra sus protagonistas una auténtica guerra encubierta en connivencia con algunos propietarios y con organizaciones patronales y sindicales conservadoras. El momento de mayor gravedad se produjo, en julio de 1909, con la llamada Semana Trágica de Barcelona, desencadenada por el reclutamiento forzoso de tropas para Marruecos y saldada con 113 muertes y cientos de heridos. El recurso a las condenas a muerte dictadas en juicio sumarísimo, como la dirigida contra el pedagogo Francisco Ferrer i Guardia, causó una gran conmoción y una catarata de manifestaciones de rechazo nacionales e internacionales. La represión del anarquismo y de los partidos revolucionarios, que se venía canalizando mediante una legislación de emergencia, se intensificó a partir de 1917 en medio de grandes conflictos obreros y de motines populares en las principales ciudades. Esto llevó a enormes abusos gubernativos, pues se hizo un uso frecuente de las detenciones masivas, las deportaciones, los encierros preventivos y las ejecuciones extrajudiciales. En este sentido, se hizo tristemente célebre la profusa aplicación por la Guardia Civil de la llamada *ley de fugas*, es decir, detener y disparar mortalmente a los delincuentes o a los elementos subversivos con la excusa de que intentaban escapar.

7. *Desvío autoritario con la dictatura de Primo de Rivera: Código penal del 1928*

A pesar de ser el producto de una época convulsa y de gran inestabilidad política, la vida del Código penal de 1870 se prolongó durante casi seis décadas, manteniéndose, incluso, con su carácter progresista, bajo el régimen dictatorial encabezado, desde 1923, por el general Miguel Primo de Rivera. Un dictadura implantada como reacción de los sectores más conservadores del ejército y de la sociedad civil frente al caótico clima de febril agitación que se había enseñoreado de los años iniciales de la década

de los veinte, que estuvieron atravesados por la incidencia de numerosas huelgas, la multiplicación de los asesinatos y serios reveses militares frente a los movimientos de sublevación surgidos en Marruecos, y, sobre todo, por una irreversible debilidad de los gobiernos, que se sucedieron en una acelerada secuencia, incapaces de arrancar una mínima permanencia, preparando, con ello, el terreno para la imposición de un poder fuerte, personalizado en Primo de Rivera. En consecuencia, los nuevos gobernantes se apresuraron a la hora de procurar una adaptación del ordenamiento penal a la triunfante concepción política de signo autoritario, mediante la aprobación de varias leyes y disposiciones complementarias dirigidas hacia este fin. Aunque no sería hasta septiembre de 1928, con la promulgación de un remozado código criminal[186] cuando se dio el paso definitivo para la instauración de un ordenamiento penal plenamente acomodado al sistema político imperante, si bien el corto recorrido posterior alcanzado por éste acabaría convirtiendo su vigencia en bastante efímera.

Entretanto, la solución ensayada por la dictadura para poner freno a la conflictividad política y social fue la de militarizar la política de orden público e instaurar una suerte de situación de excepción transitoria, que buscaba acabar con el permanente ambiente de agitación y desorden. Medidas como la disolución de las Cortes, la suspensión de las garantías constitucionales y la declaración recurrente del estado de guerra fueron acompañadas de otras de índole represiva como multiplicar la celebración de consejos de guerra para juzgar algunos delitos comunes -como los atracos a mano armada- y todo tipo de delitos políticos, abocando, en ocasiones, el procedimiento a la emisión de una sentencia de muerte.

No obstante, el carácter dictatorial del régimen político que dio impulso a su elaboración no imprimió en el Código penal de 1928[187] un giro radical hacia una mayor dureza en la utilización de la pena de muerte, que, aunque seguía ocupando la cúspide en la escala de las penas[188], dejó

[186] Acerca de las modificaciones introducidas respecto al Código penal de 1870: L. San Martín Losada, *El Código penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870*, Madrid 1928.

[187] Sobre la elaboración del Código penal de 1928, véase: G. Cobo del Rosal Pérez, *El proceso de elaboración del Código penal de 1928*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 82 (2012), pp. 561-602. La misma autora analiza algunos aspectos del código en *La codificación penal en un periodo de alteración de los derechos fundamentales: el Código penal de 1928*, en A. Masferrer, *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación disciplinar*, Pamplona 2011, pp. 327-358.

[188] *Código penal de 1928* (cito por la edición oficial del *Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928 publicando el Código Penal*, Madrid, 1928, recogida en J. Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos y L. Ruiz de Gordejuela López, *Códigos penales españoles. Recopilación y*

de ser contemplada como la única opción para la represión de delito alguno, correspondiendo al juez determinar su procedencia, o no, para el supuesto concreto, no siendo, tampoco, de exigida imposición al reo de delitos que la tuvieran señalada cuando concurriese una sola circunstancia agravante. Además, se preveía la posibilidad de que su ejecución fuese cancelada por la concesión de un indulto, en cuyo caso sería reemplazada por la pena de treinta años de reclusión o de prisión, según correspondiera al delito cometido, si bien el condenado no podía verse liberado, salvo error judicial declarado en sentencia o por concesión de amnistía, antes de haber cumplido las dos terceras partes de la pena sustitutoria[189]. Del mismo modo, se establecían las reglas aplicables en el supuesto de que un delito tuviera señalada una pena compuesta por la de muerte y otra de prisión o de reclusión, distinguiéndose los casos en los que convergieran dos o más agravantes, que se resolverían con la pena capital, y el resto, que darían lugar a una pena inferior[190]. Por otra parte, ante esta misma situación, cuando fuese preciso establecer grados ente ellas, se jerarquizarían en este mismo orden, destinándose el grado máximo para la pena de muerte y fijándose los grados mínimo y medio en el tiempo de reclusión o prisión previsto para el delito, dividido por la mitad[191].

concordancias, II, pp. 757-1054), [artículo 87]: «Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código son las siguientes: Muerte - Reclusión- Prisión – Deportación -Confinamiento – Destierro - Inhabilitación absoluta o especial para cargos públicos, profesión, arte, oficio y derechos políticos – Arresto - Multa». Posición que era confirmada, al fijar las reglas de aplicación de las penas en los casos de concurrencia de varios delitos: [artículo 163]: «Al culpable de dos o más delitos o faltas, se le impondrán en la sentencia que los sancione, todas las penas correspondientes a las diversas infracciones que haya cometido y por las cuales haya sido juzgado para que las cumpla simultáneamente a ser posible, y cuando no lo sea, por el siguiente orden: Muerte – Reclusión – Prisión – Deportación -Confinamiento - Destierro (…)».

189 *Código penal de 1928*, [artículo 116]: «Cuando no se ejecute la pena de muerte, por haber sido indultado el reo, se entenderá sustituida por la de treinta años de reclusión, o de prisión, según la pena que corresponda al delito, sin que por ningún concepto pueda ser licenciado, salvo caso de error judicial, declarado en sentencia, o por concesión de amnistía, sin haber cumplido cuando menos las dos terceras partes de dicha reclusión o prisión».

190 *Código penal de 1928*, [artículo 152]: «Cuando el delito tenga señalada una pena compuesta de la de muerte y otra de prisión o reclusión, se observaran en su aplicación las siguientes reglas: 1º. Si no concurren otras circunstancias que dos o más de agravación, se impondrá la de muerte. 2º En los demás casos se entenderá que la mitad superior de la pena está constituida por el tercio superior de la de reclusión o prisión y la de muerte, integrando la mitad interior los dos tercios restantes de aquéllas; y, en estos casos, si concurriere tan solo una causa de agravación podrá el Tribunal, a su prudente arbitrio, imponer la de muerte, o la de reclusión o prisión, en la medida que estime justa, dentro de su tercio superior».

191 *Código penal de 1928*, [artículo 159]: «5ª. Cuando la pena esté compuesta por la

En lo concerniente al procedimiento de ejecución, frente a la minuciosidad de la descripción contenida en los códigos anteriores en relación con las distintas fases y solemnidades que rodeaban a la pena de muerte aplicada mediante garrote sobre un tablado, ahora se hacía una mera remisión a la forma y las condiciones que se fijasen en un futuro reglamento. Se anticipaba, no obstante, como única concreción -ya presente en los códigos precedentes-, que no se efectuaría en la persona de la mujer embarazada, ni le sería comunicada a ésta la sentencia hasta después de transcurridos cuarenta días desde el nacimiento, lo que, obviamente, se disponía para preservar la llegada a la vida y la supervivencia tras el alumbramiento del nasciturus[192]. Esta remisión a una regulación posterior se materializó mediante un decreto-ley de 10 de diciembre de 1928, que entró en vigor el 1 de enero de 1929, en el que se confirmaba que la ejecución con garrote se realizaría en horario diurno y en un lugar adecuado de la prisión.

Una circunstancia peculiar contemplada en este código era la de que después de dictarse sentencia condenatoria firme de pena de muerte o de privación de libertad, y habiéndose iniciado, o no, en esta segunda su realización, el reo cayera en un estado de perturbación o incapacidad mental. Ante esta situación, el tribunal debía suspender la efectividad de la pena y ordenar su internamiento en un manicomio judicial, cuando la pena fuera grave -podía ser judicial o privado si fuera de menor entidad-, disponiéndose que la permanencia en el establecimiento le sería de abono para el cumplimiento de la pena, salvo que se acreditase fingimiento, y que, en el caso de recobrar la normalidad de sus facultades, se comenzaría o se continuaría el cómputo de su tiempo de condena, excepto cuando ésta consistiera en la pena capital, que sería conmutada por la de treinta años de reclusión o de prisión, según el delito[193]. Otra causa de la no imposición de

muerte y otra de reclusión o de prisión, y sea preciso hacer aplicación de ella dividida en grados, se entenderá que constituye el máximo la de muerte, formándose los grados medio y mínimo con el tiempo de la de reclusión o prisión asignada al delito, dividiéndola en dos mitades».

[192] *Código penal de 1928*, [artículo 170]: «1. La pena de muerte se ejecutará en la forma y términos que dispongan los reglamentos que se dicten al efecto. 2. No se ejecutará en mujer que se halle encinta, ni se notificará a ésta la sentencia en que se le imponga, hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento».

[193] *Código penal de 1928*, [artículo 184]: «1. Cuando después de ser firmé una sentencia condenatoria de pena de muerte o de privación de libertad, haya principiado o no esta última a cumplirse, cayere el reo en perturbación o incapacidad mental, el Tribunal suspenderá el cumplimiento de la pena. y ordenará la tramitación del oportuno expediente

la pena era el transcurso del plazo de prescripción, que se fijaba en veinte años[194].

Entrando en el análisis de la parte especial del Código, dedicada a clasificar y regular las diferentes manifestaciones de conductas delictivas, aunque es cierto que se produjo una ampliación del número de los tipos de delitos que en su máximo grado admitían la posibilidad de la imposición de la pena de muerte, en general, encontramos un claro hilo de continuidad con los códigos decimonónicos.

Esto ocurre en relación con la comisión de delitos contra la seguridad del Estado. En el capítulo de los dirigidos contra la patria, siguiendo con notable fidelidad a sus precedentes de 1848, 1850 y 1870, inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o pactar con ella para alcanzar este propósito, era castigado con la pena de veinte años de reclusión a muerte si llegara a materializarse dicho objetivo y de diez a veinte años de reclusión en el caso contrario[195]. La misma pena -de reclusión a muerte- estaba reservada al español que facilitara al enemigo la entrada en el territorio nacional o la ocupación o destrucción de una plaza fuerte, puesto militar, puerto de guerra, arsenal, base aérea, aeropuerto, buque o aeronave estatal, fabrica o almacén de armamento, pertrechos o provisiones; y también para el que convenciera a un contingente de tropas españolas, o a otras puestas al servicio de España, para la deserción o el paso a las filas enemigas, estando en campaña, y para el que reclutara en territorio español soldados para nutrir el ejército de un país que estuviera en guerra con España[196]. Finalmente, la pena era de quince años de

gubernativo y el internamiento del penado en un manicomio judicial, siempre que la pena sea grave, o en un manicomio judicial o uno particular si la pena fuere menos grave. Para el internamiento en uno particular se exigirán las garantías expresadas en el segundo párrafo del art. 95; y en todos los casos resolverá el Tribunal teniendo en cuenta las circunstancias personales y familiares del penado y la naturaleza de la infracción cometida [.] 4. En cualquier momento en que el penado recobre la normalidad de sus facultades mentales, principiará o continuará el cumplimiento de la condena, a no ser que ésta hubiera prescrito. Se exceptúa el condenado a pena de muerte, a quien al recobrar la razón le será conmutada aquélla por la de treinta años de reclusión o prisión según el delito».

194 *Código penal de 1928*, [artículo 197]: «La acción para perseguir y continuar la persecución de los delitos se extingue: 1. Por el transcurso de veinte años respecto de los delitos castigados con pena de muerte».

195 *Código penal de 1928*, [artículo 215]: «El español que indujere a una potencia extranjera a declarar guerra a España, o se concertare con ella para el mismo fin, será castigado con la pena de veinte años de reclusión a muerte si llegare a declararse la guerra, y en otro caso, con la de diez a treinta a s de reclusión».

196 *Código penal de 1928*, [artículo 216]: «Será castigado con la pena de veinte años de

reclusión a muerte cuando un español cometiese alguna de las siguientes acciones: tomar las armas contra España bajo bandera hostil; reclutar en la patria gente con el fin de ponerla al servicio de una potencia enemiga, aunque no para enfrentarse directamente a su país; proporcionar a un ejército enemigo armas, dinero, naves, aviones, efectos o municiones u otros medios destinados a combatir contra España o a favorecer su avance, o suministrarle planos de fortalezas o de terrenos, documentos o noticias dirigidos a facilitar su progreso frente a las fuerzas españolas, e impedir que estas recibieran auxilios o noticias importantes para el desarrollo de las operaciones[197]. Todos estos delitos susceptibles de ser reprimidos con la pena capital llevaban aparejado el mismo castigo si resultasen frustrados y la pena inferior en un grado si se quedaran en tentativa[198]. Cuando el autor de estos delitos fuese un extranjero residente en territorio español, la pena se fijaría en el grado inmediatamente inferior, pero a reserva de lo dispuesto en los tratados y el derecho internacional para los funcionarios diplomáticos[199].

reclusión a muerte: 1º El español que facilite al enemigo la entrada en territorio español, la toma o destrucción de plaza fuerte, puesto militar, puerto de guerra, arsenal, base aérea, aeropuerto, buque o aeronave del Estado, fábrica o almacén de material de guerra, pertrechos o provisiones. 2º El español que sedujere tropa española o que se hallare al servicio de España, para que se pase a las filas enemigas o deserte de sus banderas, estando en campaña. 3º El español que reclutare en España gente para hacer la guerra a la Patria, bajo las banderas de una potencia enemiga».

197 *Código penal de 1928*, [artículo 217]: «1. Será castigado con la pena de quince años de reclusión a muerte. 1º El español que tomare las armas contra la Patria, bajo banderas enemigas. 2º El español que reclutare en España gente para el servicio de una potencia. enemiga en el caso de que no fuese para que aquélla tome parte directa en la guerra contra España. 3º. El español que suministrare a las tropas de una potencia enemiga caudales, armas, embarcaciones, aeronaves, efectos o municiones de boca o guerra, u otros medios directos y eficaces para hostilizar a España, o favoreciere el progreso de las armas enemigas de un modo no comprendido en el artículo anterior. 4º El español que suministrare al enemigo planos de fortalezas o de terrenos, documentos o noticias que conduzcan directamente al mismo fin de hostilizar a España, o de favorecer el progreso de las armas enemigas. 5º El español que en tiempo de guerra impidiere que las tropas nacionales reciban los auxilios expresados en el núm. 3º o los datos o noticias indicados en el 4º».

198 *Código penal de 1928*, [artículo 217]: «2. Los delitos frustrados, en los casos comprendidos en este artículo y el anterior, serán castigados como si fueren consumados, y las tentativas con la pena inferior en un grado».

199 *Código penal de 1928*, [artículo 218]: «El extranjero residente en territorio español que cometiere alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, será castigado con la pena inmediatamente inferior a la señalada en éstos, salvo lo establecido por tratados o por el derecho de gentes, acerca de los funcionarios diplomáticos».

También contaba con antecedentes en el Código de 1870 el precepto que condenaba a una pena de veinticuatro años de reclusión a muerte al ministro de la Corona que, con infracción de los preceptos constitucionales, autorizase mediante decreto: la enajenación, cesión o permuta de algún territorio español; la entrada de tropas extranjeras en el reino; o la ratificación de tratados de alianza ofensiva que condujesen a España a una guerra[200]. Por último, el arco punitivo era de veinte años de reclusión a pena de muerte en el caso de que alguien tomase las armas en apoyo de un movimiento dirigido a forzar la independencia de algún territorio perteneciente a España[201]. En contraste, ninguno de los supuestos contemplados como constitutivos de delitos comprometedores de la paz o la independencia del Estado era considerado merecedor de la máxima pena.

Por lo que se refiere al capítulo dedicado a los delitos contra el derecho de gentes, se mantenía la pauta seguida en el Código de 1870 de reservar el recurso a la pena de muerte exclusivamente para quien matara en suelo español a un Monarca o Jefe de Estado extranjero, no poniéndose ahora la condición de que fuese residente en España y rebajándose el umbral inferior de la pena a dieciocho años de reclusión[202].

Este nexo de continuidad se manifestaba, asimismo, en relación con los actos de piratería, al establecerse la pena de veinticuatro años de prisión a muerte cuando en la realización de este tipo de actividades delictivas concurrieran diversas circunstancias agravantes: el apresamiento de una embarcación mediante su abordaje o incendio; que tales actos tuvieran como resultado algún asesinato u homicidio o lesiones que provocasen mutilación, deformidad o impedimento permanente para el trabajo, o que se hubiera cometido alguno de los delitos contra la honestidad de la mujer castigados en el propio código; el abandono de alguna persona a su suerte sin medios para salvarse; y para el capitán o patrón del barco

[200] *Código penal de 1928*, [artículo 228]: «Incurrirán en la pena de veinticuatro años de reclusión a muerte los ministros de la Corona que, con infracción de los preceptos constitucionales, autorizaren decreto: 1º. Enajenando, cediendo o permutando cualquiera parte del territorio español. 2º. Admitiendo tropas extranjeras en el Reino. 3º. Ratificando tratados de alianza ofensiva que hayan producido la guerra de España con otra potencia».

[201] *Código penal de 1928*, [artículo 230]: «1. El que tomare las armas contra la Patria bajo las banderas de quienes pugnen por la independencia de una parte del territorio español será castigado con la pena de reclusión a muerte»:

[202] *Código penal de 1928*, [artículo 238]: «1. El que matare a un Monarca o Jefe de otro Estado que se hallare en territorio español, será castigado con la pena de dieciocho años de reclusión a muerte».

pirata en cualquier situación[203]. Además, estos últimos, con extensión a los tripulantes del navío, tenían señalada la pena de dieciocho años de reclusión a muerte, con adición de una multa de 10.000 a 100.000 pesetas en el caso de que transportasen contrabando de guerra para proporcionar auxilio a un enemigo de España o a un movimiento rebelde[204]. El capitán o patrón de cualquier barco español, o que hubiera sido armado por cuenta del Estado, también sufriría una pena de veinticuatro años de reclusión a pena de muerte si lo entregase para su utilización por gente dedicada a la piratería[205].

Tampoco se apartaba, en lo esencial, del dictado adoptado en el Código de 1870 el tratamiento dispensado a los catalogados como delitos contra los poderes públicos, si bien se producían variaciones respecto al espectro de las penas señaladas como alternativas a la capital. Así, matar al monarca era castigado con veinticuatro años de reclusión a muerte, rebajándose en los grados de tentativa y frustración el umbral inferior de la reclusión a dieciséis años[206]. Mientras que en el caso de que la víctima fuese el inmediato sucesor de la Corona, la consorte de rey, el regente o cualquier integrante de la regencia la pena era de dieciocho años de reclusión a muerte, bajando a doce años el límite menor en la tentativa y

[203] *Código penal de 1928*, [artículo 248]: «Incurrirán en la pena de veinticuatro años de reclusión a muerte los que cometan el delito de piratería: 1º Siempre que hayan apresado alguna embarcación al abordaje o haciéndola fuego. 2º. Siempre que el delito vaya acompañado de asesinato u homicidio o de lesiones que produzcan mutilaciones, deformidad, impedimento para el trabajo u otros efectos apreciados como de igual gravedad por este Código. 3º Siempre que vaya acompañado de cualquiera de los atentados contra la honestidad que se castigan en el Capítulo I del Título X del presente libro. 4º. Siempre que los piratas hayan dejado alguna persona sin medio de salvarse. 5º. En todo caso, el capitán o patrón piratas».

[204] *Código penal de 1928*, [artículo 247]: «1. Incurrirán en la pena de dieciocho años de reclusión a muerte y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, el capitán, patrón y tripulantes de barco que transporte contrabando de guerra para auxiliar contra España una causa enemiga o rebelde».

[205] *Código penal de 1928*, [artículo 249]: «Los que entregaren a piratas una embarcación de España o armada por cuenta de la Nación serán castigados: 1º Con la pena de veinticuatro años de reclusión a muerte, si el autor del delito fuere el capitán o patrón. 2º. Con la de diez a veinticuatro años de reclusión, cuando la entrega se efectuare por otra persona».

[206] *Código penal de 1928*, [artículo 253]: «1. El que matare al Rey será castigado con la pena de veinticuatro años de reclusión a muerte. 2. El delito frustrado y la tentativa de este delito se castigarán con la pena de dieciséis años de reclusión a muerte. 3. Los demás atentados contra la persona del Rey, su seguridad o su libertad, serán castigados con la pena de reclusión de diez a dieciséis años».

en el homicidio no consumado[207].

Desaparecía, por el contrario, su presencia en los delitos contra la forma de gobierno debido a que la regulación de los correspondientes a esta sección se remitía a una futura ley especial que los definiera y enumerara, pero que nunca llegó, al caer meses después el régimen político que sostenía a la dictadura.

La rebelión era descrita en este código con trazos idénticos a los delineados en el Código penal de 1870, con el añadido de las actuaciones dirigidas hacia dos objetivos no especificados en este código anterior: promover la guerra civil, religiosa, política o social, e interrumpir, suspender o paralizar los servicios públicos cuya subsistencia interesara a la defensa nacional[208]. La pena prevista también difería en función del nivel de participación: para el reo que hubiera intervenido como promotor, soporte o cabecilla de la sublevación, quince años de prisión a muerte; para quien hubiera asumido un papel más secundario, doce años de prisión a muerte, si se tratase de personas investidas de autoridad o que presidieran o dirigieran organismos oficiales, o si se hubiera entablado combate con la fuerza pública fiel al Gobierno, se hubieran producido estragos en las propiedades de los particulares, de los municipios o del Estado, o se hubiera destruido documentos guardados en los archivos oficiales, cortado las líneas telegráficas o telefónicas o las vías del ferrocarril, interrumpido las comunicaciones, realizado actos de violencia contra las personas, exigido tributos ilícitos o desviado caudales públicos de su legítima finalidad; y en cualquier otro supuesto o

[207] *Código penal de 1928*, [artículo 254]: «1. El que matare al inmediato sucesor de la Corona, al consorte del Rey, al Regente o a cualquiera de los que formen la Regencia, será castigado con la pena de dieciocho años de reclusión a muerte. 2. El delito frustrado y la tentativa de este delito se castigarán con la pena de doce años de reclusión a muerte. 3. Los demás atentados contra sus personas, su seguridad o su libertad, serán castigados con la pena de ocho a doce años de reclusión».

[208] *Código penal de 1928*, [artículo 283]: «Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente y en abierta hostilidad contra los Poderes del Estado para conseguir cualquiera de los fines siguientes: 1º. Destronar al Rey, deponer al Regente o Regencia del Reino, o privarles de su libertad ·personal u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad. 2º Promover la guerra civil, religiosa, política o social. 3º. Impedir la celebración de las elecciones generales para representantes en Cortes, la reunión legítima de las Cortes ya elegidas, sus deliberaciones, o procurar su ilegal disolución, u obligarles a tomar acuerdos. 4º. Ejecutar cualquiera de los delitos previstos en los artículos 261, 263, 264 y 265. 5º. Sustraer el Reino o parte de él o algún cuerpo de tropa de tierra o de mar, o cualquiera otra clase de fuerza armada, de la obediencia al Gobierno. 6º. Interrumpir, suspender, paralizar o perturbar servicios públicos cuya subsistencia interese a la defensa nacional. 7º. Usar y ejercer por sí, o despojar a los ministros de la Corona de sus facultades o impedirles o coartarles su libre ejercicio».

forma de implicación, prisión de seis a doce años[209].

Saltando al título dedicado a los delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas, tenemos que, mientras que el homicidio simple, en todas sus variantes, era reprimido con penas de prisión, el asesinato, en el que incurría el homicida que actuase con alevosía, premeditación probada, ánimo de preparar, consumar u ocultar otro delito, a cambio de precio o promesa remuneratoria, con ensañamiento y aumento perseguido del dolor de la víctima, con utilización de explosivos, inundación, incendio, sumersión, naufragio o cualquier otro medio capaz de poner en riesgo la integridad vital o personal de alguien, recurriendo a venenos u otras sustancias dañinas para la salud, o movido "por impulso de perversidad brutal", era merecedor de una pena de veinte años de reclusión a muerte[210]. Escala que ascendía a un mínimo de veinticinco años cuando se trataba de un parricidio que implicase dar muerte al padre, la madre, el hijo o hija, cualquiera de los ascendientes o descendientes legítimos o el cónyuge. Quedando fuera de este círculo cercano de parentesco, los hermanos, el padre y la madre adoptivos y aquéllos que hubiesen criado o educado al autor del crimen -lo que suponía incorporar de nuevo a su tipificación relaciones de sangre y afinidad, que en códigos anteriores ya

[209] *Código penal de 1928*, [artículo 284]: «Los reos de los delitos enumerados en el artículo anterior serán castigados con las penas siguientes: 1º Los que, induciendo y determinando a los rebeldes, hubieren promovido o sostuvieren la rebelión y los que aparezcan como jefes principales de ésta, serán castigados con la pena de quince años de prisión a muerte. 2º. Los que ejerzan mando que no sea principal, con la pena de doce años de prisión a muerte si fueren personas constituidas en autoridad, presidieren o dirigieren organismos oficiales, o hubiere habido combate entre los rebeldes y la fuerza pública fiel al Gobierno, o aquéllos hubieren causado estragos en las propiedades de los particulares, de los pueblos o del Estado, destruido documentos custodiados en los archivos oficiales, cortado las líneas telegráficas o telefónicas o las vías férreas o interrumpido las comunicaciones, ejercido violencias graves contra las personas, o exigido contribuciones, o distraído los caudales públicos de su legítima inversión. 2. Fuera de estos casos, se impondrá al culpable la pena de prisión de seis a doce años».

[210] *Código penal de 1928*, [artículo 519]: «Es culpable de asesinato el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1ª. Alevosía. 2ª. Premeditación conocida. 3ª. Ejecutar el hecho para preparar, facilitar, consumar u ocultar un delito, o para impedir el descubrimiento de otro, háyase o no éste realizado. 4ª. Precio o promesa remuneratoria. 5ª. Ensañamiento, aumentando inhumana e innecesariamente el dolor del ofendido. 6ª. Por impulso de perversidad brutal. 7ª. Por medio de venenos o de otras substancias gravemente peligrosas para la salud. 8ª. Por medio de explosivos, inundación, incendio, sumersión, naufragio o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de otras personas"; [artículo 520]: "El asesinato será castigado con la pena de veinte años de reclusión a muerte».

habían quedado fuera de esta figura delictiva-, para quienes la pena era de dieciocho a veinte años de reclusión[211]. El infanticidio era tratado en los mismos términos que en el código de 1870[212].

Integrados en el Código penal de 1870 dentro el título dedicado a los delitos contra la propiedad, y ahora sistemáticamente ubicados en el título dedicado a los que eran rotulados "contra la seguridad colectiva", la provocación de estragos y otros delitos afines también eran considerados, en supuestos de excepcional gravedad, susceptibles de merecer la pena capital. Así, quien atentase contra otros sujetos o causara daños en las cosas, empleando para ello sustancias o artefactos explosivos u otros medios capaces de producir grandes destrozos, era castigado con una pena de veinticinco años de reclusión a muerte en el caso de que su acción produjese efectos letales o lesiones en los damnificados, o de que se realizara en un edificio público o un espacio habitado donde existiera riesgo de originar daños personales o materiales, salvo que, finalmente, este peligro no se materializase, bajando entonces el umbral inferior de la pena a veinte años de reclusión[213]. En contraste, la provocación intencionada de un incendio en un edificio público o particular destinado a reuniones, en una iglesia, fábrica, taller o almacén de materias inflamables o explosivos o en un medio de transporte, cuando en ese momento estuvieran ocupados por personas, traía como consecuencia un castigo, dependiendo de las

[211] *Código penal de 1928*, [artículo 521]: «El que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, será castigado con la pena de veinticinco años de reclusión a muerte»; [artículo 522]: «Al que matare a un hermano o una hermana, o al padre o madre adoptivos o a una de las ,personas que hubiesen criado y educado al culpable, o al hijo adoptivo o al criado y educado por el culpable, o a los afines en línea recta, le será impuesta la pena de dieciocho a veinte años de reclusión».

[212] *Código penal de 1928*, [artículo 524], que no introducía cambios de redacción respecto al [artículo 424] del Código penal de 1870.

[213] *Código penal de 1928*, [artículo 559]: «El que atentare contra las personas o causare daño en las cosas empleando para ello substancias o aparatos explosivos u otros medios capaces de producir grandes estragos, será castigado: 1º Con la pena de veinticinco años de reclusión a muerte si por consecuencia de la explosión resultare alguna persona muerta o lesionada. […] Con la misma pena si la explosión se verificare en edificio público, lugar habitado o donde hubiere riesgo para las personas y resultare daño en las cosas. 2º. Con la de veinte años de reclusión a muerte si se verificare la explosión en edificio público, lugar habitado o donde hubiere riesgo para las personas, aunque no resultare daño en las cosas. 3º. Con la de doce años a veinte de reclusión en los demás casos si la explosión se verifica. 4. º Con la de reclusión de seis a doce años cuando el atentado tuviera lugar en sitio público o de propiedad particular, si la explosión no se verificase. 5.º Con la de seis meses a seis años de reclusión cuando la explosión se produjere con el único fin de causar alarma».

circunstancias, de hasta treinta años de reclusión, pero no se contemplaba la condena a la pena de muerte[214].

La relación de los tipos delictivos que amparaban la posibilidad de abocar a la imposición de la pena de muerte se completaba, como en los códigos precedentes, insertando dentro del título consagrado a los delitos contra la propiedad, la previsión de su posible aplicación -siendo la opción más benévola la de veinte años de reclusión- en el caso del robo con violencia o intimidación del que derivase la comisión de un homicidio, quedando en sus grados de frustración o tentativa rebajada la pena a la de dieciséis a treinta años de reclusión[215]. En tanto que, si el robo fuese acompañado de violación o mutilación intencionada, aborto o lesiones que causaran en la víctima locura, imbecilidad, impotencia o ceguera, o bien de la retención por más de un día del sujeto del robo, o de algún familiar o amigo, a cambio de un rescate, la pena era de catorce a treinta años de reclusión[216], descendiendo también la duración de esta privación de libertad cuando las consecuencias añadidas del delito fueran de menor

[214] *Código penal de 1928*, [artículo 579]: «1. El que incendiare edificio público o particular destinado a reuniones, iglesia, fábrica, taller, almacén de materias inflamables o explosivos, tren militar o de viajeros, tranvía, automóvil u otro vehículo, buque, nave o aeronave cuando se hallen dentro personas en el momento de cometer el incendio, sea castigado con la pena de veinte a treinta años de reclusión. 2. Si el número de personas que se encontraren dentro de los lugares designados fuese limitado al de las encargadas de su custodia o conservación o se tratare de habitaciones particulares o de cualquier otro recinto no destinado a reuniones, la pena será de quince a veinte años de reclusión"; [artículo 580]: "El que incendiare edificio o cualquier otro de los lugares o cosas a que se refiere el artículo anterior, cuando no se hallare dentro alguna persona, siempre que el incendio fuere en poblado o con peligro de que se propague a otros edificios, lugares o cosas de la misma clase, será castigado con la pena de diez a quince años de reclusión».

[215] *Código penal de 1928*, [artículo 688]: «El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, será castigado: 1º. Con la pena de veinticuatro años de reclusión a muerte cuando con motivo o con ocasión del robo resultare homicidio»; [artículo 691]: «La tentativa y el delito frustrado de robo con motivo o con ocasión del cual resultare homicidio, serán castigados con la pena de dieciséis a treinta años de reclusión a no ser que la muerte cometida esté castigada con mayor pena según las disposiciones de este Código».

[216] *Código penal de 1928*, [artículo 688]: «… 2º. Con la pena de catorce a treinta años de reclusión cuando el robo fuere acompañado de violación o mutilación causada de propósito, o cuando con su motivo u ocasión se causare aborto, o lesiones de cuyas resultas quedare el ofendido loco, imbécil, impotente o ciego [] La misma pena se impondrá cuando el robado o algún individuo de su familia, o amistad o servicio, fuere retenido bajo rescate o por más de un día».

entidad[217]. Además, cuando se perpetrase un robo a mano armada contra establecimientos de comercio o banca o sus oficinas o contra sus agentes, contratistas o encargados de valores y se ocasionara la muerte o lesiones a alguna persona, se señalaba la pena de veintiocho años de reclusión a muerte, que descendía a la de doce a veinte años de reclusión cuando la acción no trajese consigo estos funestos resultados[218].

La acogida dispensada al nuevo código, promulgado cuando la dictadura ya había entrado en su fase declinante, no fue receptiva respecto al endurecimiento de las penas que canalizaba, suscitando abundantes protestas en el ámbito político y una respuesta social que demuestra que las voces contrarias a la pena de muerte estaban dejando de ser escasas y aisladas. Por lo que al, cada vez más intenso, debate suscitado en torno a su permanencia se sumó una creciente participación de algunos de los más destacados políticos e intelectuales de la época. El punto central de la discusión giró en torno a la cuestión de si la pena capital defendía mejor a la sociedad que la pena privativa de libertad. Y el énfasis principal se enfocó en la refutación del viejo argumento de que la pena de muerte desplegaba una gran fuerza intimidatoria para los delincuentes por su ejemplaridad. Al respecto, se alegaba que mucho más impresionantes y aleccionadores habían sido los tormentos inquisitoriales, o los cruentos antiguos ajusticiamientos públicos y que a nadie se le ocurriría pretender su reinstauración. Al tiempo que se reclamaba la renuncia a la eliminación personal del delincuente, sosteniendo que cuando el Estado mata legalmente se aproxima a la condición del criminal[219].

Al dar fundamento estas objeciones, que iban ganando, progresivamente, un mayor número de partidarios, de una manera más o menos directa, se estaba recurriendo a criterios de humanización y de racionalización del régimen punitivo. De tal forma que, cuando la Dictadura de Primo de

[217] *Código penal de 1928*, [artículo 688], apartados 3, 4 y 5.

[218] *Código penal de 1928*, [artículo 692]: «1. En los delitos de robo a mano armada realizados, contra establecimientos de comercio o banca, o sus oficinas, o contra los agentes, contratistas o personas encargadas de valores, el delito frustrado se castigará como consumado y los cómplices con la misma penalidad que a los autores. 2. Cuando con motivo u ocasión de estos delitos se causare la muerte o lesiones a alguna persona, se impondrá la pena de veintiocho años de reclusión a muerte, y en los demás casos de doce a veinte años de reclusión, si conforme al art. 688 no correspondiera pena más grave».

[219] Entre las personalidades que expresaron su opinión se contaban: Victoria Kent, Azorín, Marcelino Domingo, Rafael de Ureña, José Gascón y Marín, Luis Jiménez de Asúa, Clara Campoamor e incluso Eugenio Cuellos Calón, que formaba parte de la Comisión redactora del Código. P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 94-96.

Rivera intentaba reforzar la amenazante presencia de la pena de muerte en la justicia militar y de guerra, e incluso en este nuevo instrumento codificador de 1928, ésta retrocedía en la práctica de la justicia civil y en su aceptación por la opinión pública. Aunque, al margen del derecho, todavía proliferaba con flagrante impunidad e indisimulada ocultación de la responsabilidad política del Estado, la vieja práctica de las ejecuciones extrajudiciales. Fenómeno que se daba con especial frecuencia y gravedad en la esfera de la jurisdicción militar, pues su código criminal concedía a los mandos militares poderosas atribuciones, como la realización de consejos de guerra y juicios sumarísimos, sobre todo, en algunas unidades muy proclives a someter cualquier falta o indisciplina a los estrictos códigos internos de conducta, en los que la condena a muerte se justificaba con extremada facilidad.

8. *La Segunda República. Efímera abolición y preludio del pleno restablecimiento de la pena capital con el régimen dictatorial de Franco*

Los acontecimientos políticos que condujeron a la salida de España del monarca Alfonso XIII y la proclamación, el 14 de abril de 1931, de la Segunda República tuvieron como una de sus consecuencias inmediatas la derogación, mediante un decreto del Gobierno Provisional de 15 de abril, del Código Penal de 1928 y la consiguiente puesta, otra vez, en vigor del Código Penal de 1870, a la espera de la elaboración de un nuevo ordenamiento codificado.

Para entonces, la corriente de opinión que rechazaba la pena de muerte había ido ganando terreno, pues ahora no sólo estaba arraigada en la cultura progresista de la izquierda política, sino que también se había propagado en el campo de los liberales moderados, que estaban dispuestos a erradicarla de la justicia civil y dejar constreñida su aplicación a la esfera militar y en el tiempo de guerra[220]. En un clima de fuerte demanda de medidas legislativas que propulsaran una racionalización de la administración de justicia, la democratización de los procesos judiciales y la moderación de los castigos, el debate sobre la permanencia de la pena capital alcanzó, además, cotas de

[220] Véase, P. Oliver Olmo, *Pena de muerte y proceso civilizatorio en España: del imaginario abolicionista al exterminista*, en M. E. Nicolás Marín y C. González Martínez (coords.), *Ayeres en discusión: temas claves de historia contemporánea hoy*, Murcia, Universidad de Murcia, 2008, y en concreto el apartado: *El avance del abolicionismo de la pena de muerte en el primer tercio del siglo XX*, pp. 7-10.

extraordinaria riqueza de argumentos y resonancia gracias al protagonismo tomado por dos diputados con gran prestigio intelectual: el socialista Luís Jiménez de Asúa, que defendía su completa abolición, y el conservador Ángel Ossorio y Gallardo, que, aunque abogaba por su futura supresión, sostenía que, en las circunstancias del momento, debía mantenerse, al menos, como posible solución para circunstancias excepcionales, si bien aconsejaba extremar las cautelas respecto a su utilización[221].

Con todo, las discrepancias de fondo entre las principales formaciones políticas respecto al modelo penal y penitenciario que querían instaurar impidieron que se lograse un acuerdo para la incorporación de la abolición al texto de la Constitución de 1931, por lo que el asunto quedó aplazado hasta que se abordase la elaboración de un nuevo código penal, a pesar de que en el borrador del texto llegó a figurar un artículo que, en términos taxativos, disponía: "Queda abolida la pena de muerte. Solo podrá aplicarse excepcionalmente en tiempo de guerra por la jurisdicción militar. En ningún caso se impondrán castigos corporales"[222]. No obstante, se entendió entonces que la difícil situación política aconsejaba no privar al gobierno de un instrumento de defensa que podría resultar muy necesario. Hay que subrayar, además, que la Constitución continuaba alojando los delitos militares bajo la exclusiva competencia de la jurisdicción castrense. De tal modo, que las autoridades militares podían seguir amparándose en la declaración del estado de guerra para castigar con la muerte los delitos de rebelión, en cuya tipología no se dudaba en incluir conductas no violentas, y legalmente no insertas en su contorno, como la convocatoria y realización de huelgas y manifestaciones o la difusión de propaganda política considerada subversiva.

En los meses siguientes a la proclamación de la República, en el seno de la Comisión Jurídica Asesora, creada en sustitución de la "vetusta Comisión General de Codificación"[223], se decantaron dos posturas confrontadas: un sector que apostaba por dar una rápida respuesta a las demandas de

[221] Sobre el contenido de este debate: P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 100-102.

[222] P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, p. 103, señala que no faltaban opiniones más radicales que defendían una abolición extensiva, también, a la esfera militar, pero finalmente, se impuso la vía del pragmatismo de lo viable.

[223] Así era calificada en la Exposición de Motivos de la *Ley de 27 de octubre de 1932, promulgando el Código Penal de 1870 reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932*, Madrid 1932 (cito por J. Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos y L. Ruiz de Gordejuela López, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, II, pp. 1055-1442), p. 1065.

la nueva situación y otro que defendía la conveniencia de elaborar con mayor reflexión un código penal adaptado a las directrices marcadas por el recién instaurado orden constitucional. Finalmente, las dificultades de la coyuntura política y social inclinaron la balanza en favor de la primera opción, por lo que se procedió, sin más, a emprender, con cimentación en una previa Ley de Bases, una reforma del Código penal de 1870, del que se decía que se restituía su legítima vigencia[224]. Actualización que, sin perjuicio de los cambios introducidos, reproducía, en lo esencial, su estructura y su contenido, siendo aprobada el 5 de noviembre de 1932 y entrando en vigor el 1 de diciembre del mismo año.

Poco abundantes eran, de hecho, las modificaciones que esta remozada versión del viejo código traía incorporadas, afectando, primordialmente, a la regulación de los delitos contra la seguridad interior del Estado, que necesitaba ser adaptada a las peculiaridades de un régimen político republicano, además de a otros aspectos que habían quedado anacrónicos ante las nuevas realidades, como sucedía con el adulterio después de admitirse la posibilidad del divorcio. Aunque lo realmente significativo, en lo concerniente a la temática que aquí tratamos, es que dentro de las medidas destinadas a canalizar el propósito que anidaba en el ánimo del codificador de humanizar y hacer más elástica la legislación penal, resultaba suprimida la pena de muerte en todos los supuestos contemplados en la jurisdicción civil, aunque se mantenía su vigencia en el ordenamiento militar. Una abolición que se justificaba con remisión a direcciones análogas adoptadas en otros países como el Reino Unido, alegando que diversos estudios promovidos por el Parlamento inglés habían demostrado, con datos estadísticos, que la pena capital no cumplía su pretendido fin intimidatorio. Lo que alimentaba la formulación de una ambiciosa predicción, que, lamentablemente, el tiempo ha desautorizado: el ocaso en

[224] *Código penal reformado de 1932*, Exposición de Motivos, pp. 1065-1066. Para justificar esta decisión se decía: "Las épocas revolucionarias precisan apresurar las faenas legislativas, pero no pueden atropellar las etapas de aquellos trabajos que tienen largos períodos de gestación. En pocos meses era imposible- preparar un proyecto de Código penal enteramente nuevo. A seguida se insistirá en las razones que obstan la fulminante composición de un Código de delitos y penas. Pero tan imposible como componer en breve plazo una Ley de nuevo estilo, era mantener intacto el Código penal de 1870". Aunque tampoco se renunciaba a elaborar un nuevo código; «… Por taxativo encargo del ministro, la Comisión se cuidó con máxima premura de reformar el Código penal en dos aspectos principales: adaptando sus artículos a la nueva Ley constitucional, y humanizando sus preceptos; y una vez acabada esta tarea preliminar, la Comisión debería esforzarse en otra empresa de más monta, sin plazos perentorios: la de redactar el nuevo Código penal español».

un plazo no muy lejano de la pena de muerte[225].

Se trataba de una medida de extraordinaria relevancia que, en consonancia con el sistema garantista y humanitario que el código perseguía instaurar, venía reforzada por la supresión de la condena perpetua y el establecimiento en su lugar de la llamada reclusión mayor, con una duración de veinte años y un día a treinta años[226], la mayor importancia otorgada a las circunstancias eximentes, la ampliación del repertorio de las atenuantes y la reducción del catálogo de las agravantes. Y que debe interpretarse como un símbolo del giro histórico propiciado por la implantación del régimen republicano en la sociedad española, ya que fue aceptada sin generar una radical oposición ni en las Cámaras ni en la opinión pública, que estaba más preocupada por otros problemas más acuciantes, como la presión ejercida por el nacionalismo catalán o la conflictiva política adoptada en materia religiosa[227].

[225] *Código penal reformado de 1932*, Exposición de Motivos, pp. 1086-1087: «Y llegamos ahora al punto más reformado del Código: el referente a las penas, y particularmente a la abolición de la pena capital. Son múltiples las razones que nos han inclinado a suprimirla; pero no es esta coyuntura propicia para hacer un despliegue de citas y de estadísticas extranjeras. Baste apuntar que, en Inglaterra, uno de los países más. tradicionales, se agita en esta hora una corriente por demás favorable al abolicionismo. El libro de Roy Calvert, que ha alcanzado su cuarta edición en 1930 (Londres y Nueva York, G. P. Putnam's Sons, editor), *Capital punishment in the twentieth century*, se complementa y actualiza en 1931 con otro que trata el tema en especial referencia a los últimos propósitos abolicionistas de la Gran Bretaña: «The death penalty inquiry: being a review of the evidence before the select committee on capital punishment» (Londres, Vídor Gollancz, editor). La Cámara inglesa ha hecho una investigación en los países extranjeros, y los escritores británicos han demostrado, con datos estadísticos, que la pena de muerte no cumple su pretendido fin intimidante. Es probable que Inglaterra hubiese ya abolido esta irreparable pena si no hubiera sido por la hostilidad al Gobierno de seis de los miembros de la Comisión parlamentaria encargada de dictaminar sobre el asunto. Al cabo de cinco meses de trabajos preparatorios se produjo una dilación por la retirada de esos parlamentarios enemigos del Ministerio inglés. Pero no es preciso ser zahorí para profetizar el ocaso de la pena de muerte en el mundo. Su pretendida fuerza intimidadora no existe y su evidente carácter eliminador' sería invocable si se practicara la última pena en grande escala; pero es un argumento sin poder suasorio si se piensa en el escaso número de reos ajusticiados y en que la sensibilidad contemporánea no permite hacer de ella más largo empleo».

[226] De este modo, la relación de las penas graves recogidas en el *Código penal reformado de 1932*, [artículo 27], era la siguiente: «Reclusión mayor. Reclusión menor. Presidio mayor. Prisión mayor. Presidio menor. Prisión menor. Arresto mayor. Extrañamiento. Confinamiento. Destierro. Represión pública. Inhabilitación absoluta. Inhabilitación especial para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio. Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio».

[227] Bien es verdad, que en la discusión del proyecto de Código hubo posicionamientos

El triunfo del modelo abolicionista, aunque limitado al ámbito civil, pronto toparía, sin embargo, con la adversa realidad de una convulsa situación política y social, que nutria la creciente reivindicación de una recuperación de la pena de muerte, al menos, para los delitos de terrorismo. El notable incremento de los delitos contra las personas, la propiedad y el orden público y el recrudecimiento de la conflictividad social en los agitados años de 1931 a 1933 hizo que pronto se alzasen fuertes críticas contra los efectos de esta reforma penal, que progresivamente fueron calando en el discurso político. El cambio político determinado, en noviembre de 1933, por el ascenso al control del gobierno de las fuerzas conservadoras de la CEDA tampoco supuso una mejora sustancial de la tensa coyuntura que perturbaba el mantenimiento del orden público, multiplicándose los actos de violencia y los atentados con explosivos.

De hecho, la victoria electoral de la derecha solo trajo una mayor inestabilidad, pues el sectarismo ideológico se acentúo, estimulando el recurso a la violencia. En 1934 se registró una significativa intensificación de los desórdenes y de los atentados, lo que animó al gobierno a plantear una nueva reforma penal que rescatase la pena de muerte, que vino preparada por una intensa campaña de prensa, que también fue acompañada por todo tipo de manifestaciones en las calles y en el debate político. Cuando más arreciaba la polémica, el estallido de un brote revolucionario de gran magnitud, principalmente, en las zonas mineras de Asturias, aceleró la tramitación de la reforma, que fue aprobada por las Cortes, sin encontrar un solo pronunciamiento contrario[228]. En consecuencia, una Ley de 11 de octubre de 1934 restableció la pena de muerte para los delitos de terrorismo y de bandolerismo con resultado de homicidio o lesiones[229].

contrarios, principalmente el protagonizado por Ossorio y Gallardo, que apelaba a razones coyunturales y a la necesidad de un gobierno fuerte para hacer frente a las difíciles circunstancias del momento. P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 106-107.

[228] Aunque hay que subrayar que, en la discusión entablada en la Comisión deliberativa, Luis Jiménez de Asúa, el más reputado penalista de la Segunda República emitió un voto contrario a la reforma. P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, p. 116.

[229] Ley de 11 de octubre de 1934 (*Gaceta de Madrid*, número 290, de 17 de octubre de 1934, p. 379): [artículo 1]: «El que con propósito de perturbar el orden público, aterrorizar a los habitantes de una población o realizar alguna venganza de carácter social, utilizara substancias explosivas o inflamables o empleare cualquier otro medio o artificio proporcionado y suficiente para producir graves daños, originar accidentes ferroviarios o en otros medios de locomoción terrestre o aérea, será castigado […] Primero. Con la pena de reclusión mayor a muerte cuando resultare alguna persona muerta o con lesiones de las que define y sanciona el artículo 423 de Código penal en los números primero y segundo»; [artículo 5]: «El robo con violencia o intimidación en las personas ejecutado

Es cierto que su recuperación se quiso efectuar sin incurrir en excesos, siendo presentada como una medida excepcional y muy selectiva. Para lograr este objetivo se estableció que, siempre que se produjeran víctimas, se podría sancionar por tres delitos: el atentado con explosivos, la provocación de accidentes ferroviarios o en otros medios de locomoción, y los atracos a mano armada ejecutados por dos o más delincuentes. Pero el espíritu de moderación en la aplicación de la pena que se quería transmitir contrastó con la dureza de las sentencias de muerte que se dictaron tras los sangrientos acontecimientos sucedidos en Asturias, a pesar de que todas ellas, salvo dos, fueron conmutadas por penas de prisión[230].

En definitiva, aunque el restablecimiento de la pena capital se había justificado como un remedio obligado para combatir una situación de extraordinaria gravedad y, por tanto, de carácter provisional, pronto estuvo sujeta a una prórroga indefinida. Nadie podía imaginar que lo peor estaba por llegar y que la cuestión de su abolición nunca se volvería a plantear hasta que cuatro décadas más tarde fuese rescatada por la llegada de la democracia, tras una larga dictadura en la que se produjeron miles de ejecuciones judiciales y extrajudiciales.

por dos o más malhechores, cuando alguno de ellos llevare armas y del hecho resultase homicidio o lesiones de las que se refiere el numero 1º del articulo 1º de esta ley, será castigado con la pena de reclusión mayor a muerte».

[230] Respecto a este periodo interesan: J. A. Alejandre García, *De la abolición al restablecimiento de la pena de muerte durante la República (1932-1934)*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 62 (1981), pp. 7-46; P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, pp. 109-122.

Fuentes legales

Código Penal español decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, Madrid, Imprenta Nacional, 1822.

Código Penal de 1848, Madrid, Imprenta Nacional, 1848.

Código Penal de España. Edición oficial reformada, Madrid, Imprenta Nacional, 1850.

Código Penal reformado mandado publicar provisionalmente en virtud de autorización concedida al gobierno por la ley de 17 de junio de 1870, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870.

Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha en 1811, Madrid, Imprenta Nacional, 1813.

Decreto de 19 de octubre de 1809. En que se establece que la pena de garrote se usará para todo reo de muerte sin excepción y que el reo condenado se entenderá degradado por sola la sentencia, en *Prontuario de las Leyes y Decretos del Rey Nuestro Señor Don José Napoleón I. Del año 1808*, 2ª edición, Madrid, Imprenta Real, 1810, tomo I, pp. 415-416.

Decretos del Rey nuestro señor Don Fernando VII, y de la Reina su augusta Esposa, Madrid, Imprenta Real, 1833.

Ley de 27 de octubre de 1932, promulgando el Código Penal de 1870 reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932, Madrid, Ministerio de Justicia, 1932.

Ley de 11 de octubre de 1934. *Gaceta de Madrid*, número 290, de 17 de octubre de 1934.

Pragmática sanción que su Magestad ha mandado promulgar contra los que cometiesen en la Corte y las cinco leguas de su Rastro y Distrito el crimen de hurto…y penas que por ella se les imponen, Madrid, Imprenta de Antonio Sanz, 1734.

Real Decreto de 26 de septiembre de 1835, que contiene el Reglamento para la administración de justicia en lo respectivo á la jurisdicción ordinaria, en *Decretos de la Reina nuestra señora Doña Isabel II, dados en su nombre por su augusta madre la Reina Gobernadora*, Madrid, Imprenta Real, 1835, XX, pp. 396-437.

Real orden de 24 de noviembre de 1894, dictando reglas para la ejecución de la pena de muerte dentro del recinto de las cárceles, en *Colección legislativa de España*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1894, tomo 156, 771-772.

Fuentes doctrinales y bibliográficas

A. Agüero y M. Lorente, *Penal enlightenment in Spain: from Beccaria's reception to the first criminal code*, en *Forum Historiae Iuris* (http://www.forhistiur.de/) 15 de noviembre de 2012.

J. A. Alejandre García, *De la abolición al restablecimiento de la pena de muerte durante la República (1932-1934)*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 62 (1981), pp. 7-46.

J. M. Alonso y Alonso, *De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822,* en «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», 11 (febrero 1946), pp. 2-15.

J. Alvarado Planas, *Estudios de Historia de Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 2021.

J. Alvarado Planas, *La Ilustración y la humanización del Derecho penal*, en J. Alvarado Planas y M. A. Martorell Linares (coords.), *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 19-41.

J. Alvarado Planas, *La Codificación penal en la España isabelina: la influencia del Código penal del Brasil en el Código penal español de 1848*, en *España en la época de la Fundación de la Guardia Civil.* V. Seminario Duque de Ahumada, Madrid, Ministerio del Interior, 1994, pp. 43-82.

F. J. Álvarez García, *La pena de muerte en el primer tercio del siglo XIX español*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 252, 1 (1982), pp. 55-92.

F. J. Álvarez García, *Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822*, en «Cuadernos de Política Criminal», 5 (1978), pp. 229-235.

J. Antón Oneca, *El Código penal de 1870*, en «*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*», 23 (fascículo 2, 1970), pp. 229-252.

J. Antón Oneca, *El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», año XX 174 (julio-septiembre 1966), pp. 597-606.

J. Antón Oneca, *El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 18-3 (septiembre-diciembre 1965), pp. 473-496.

J. Antón Oneca, *Historia del Código Penal de 1822*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», XVIII, fascículo 2 (mayo-agosto 1964), pp. 263-278.

C. Arenal Ponte, *El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte*, en *Obras Completas*, Madrid, 1896, XII, pp. 141-145.

A. Bádenas Zamora, *Las tentativas para abolir la pena de muerte en la España de Isabel II (1833-1868),* Madrid, Dykinson, 2025.
A. Bádenas Zamora *Referentes para la regulación de la pena capital en la Codificación española en el siglo XIX*, en A. Masferrer (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador- Parte general*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 543-605.
M. Barbero Santos, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, Buenos Aires, Depalma, 1985.
J. Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos y L. Ruiz de Gordejuela López, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Madrid, BOE, 2022, 2 vols.
J. Baró Pazos, *25 años de historiografía sobre la codificación penal en España (1991-2015)*, en A. Masferrer (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjera: su contribución al proceso codificador. Parte general*, Cizur Menor, Aranzadi Thompson Reuters, 2017, pp. 57-108.
J. Baró Pazos, *El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 83 (2013), pp. 105-138.
J. Baró Pazos, *Manuel de Lardizábal entre la tradición y el reformismo*, en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, Valencia, Universitat de Valencia, 2007, I, pp. 217-227.
J. Baró Pazos, *Historiografía sobre la codificación del derecho penal en el siglo XIX*, en G. Rueda Hernández (ed.) *Doce estudios de historiografía contemporánea*, Santander, Universidad de Cantabria, 1991, pp. 11-40.
O. Bascuñán Añover, *La pena de muerte en la Restauración: una historia del cambio social*, en *Historia y política: ideas, procesos y movimientos sociales*, 35 (enero-junio 2016), pp. 203-230.
J. L. Bermejo Cabrero, *Sobre la entrada en vigor del Código penal de 1822*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 66 (1996), 967-972.
M. A. Bermejo Castrillo, *Delitos contra la seguridad del Estado*, en A. Masferrer (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 275-352.
T. Bernal y Lozano, *Estudios sociales y legislativos sobre la abolición de la pena de muerte*, Albacete, Imprenta de la Unión, 1855 (edición facsímil, Albacete, Altaban, 2007).
J. Cañizares Navarro, *El Código Penal de 1822: sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico (desde el s. XX)*, en «Glossae, European Journal of Legal History», 10 (2013), pp. 108-136.

A. Carretero Sánchez, *La discusión sobre la pena de muerte en el primer Código Penal español de 1822: una perspectiva histórica*, en «*La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*», 3 (1998), pp. 1620-1621.

Cartas de Jeremías Bentham al señor conde de Toreno, sobre el proyecto de Código penal presentado á las Cortes, Madrid, Imprenta de Diego García Campoy, 1821.

J. R. Casabó Ruiz, La aplicación del Código Penal de 1822, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 32-2 (1979), pp. 333-344.

J. R. Casabó Ruiz: *El Proyecto de Código Criminal de 1830* (estudio preliminar y edición), Murcia, Universidad de Murcia, 1978.

J. R. Casabó Ruiz, *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino* (estudio preliminar y edición), Murcia, Universidad de Murcia, 1978.

J. R. Casabó Ruiz, *El Proyecto de Código Criminal de 1834* (estudio preliminar y edición), Murcia, Universidad de Murcia, 1978.

J. R. Casabó Ruiz, *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 2 (1969), pp. 313-342.

F. Castejón, *Las ideas penales en la época del Código penal de 1870*, en *Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1970, pp. 53-65.

R. Castejón Calderón, *El proyecto Sáinz de Andino de Código criminal de 1830*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 174 (1, 1943), pp. 38-41.

J. Castro y Orozco y M. Ortiz de Zúñiga, *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, 3 vols., Granada, Manuel Sanz, 1848.

G. Cobo del Rosal Pérez, *La creación legislativa en materia penal en los siglos de la Codificación, XIX y XX*, Madrid, Dykinson, 2014.

G. Cobo del Rosal Pérez, *El proceso de elaboración del Código penal de 1928*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 82 (2012), pp. 561-602.

G. Cobo del Rosal Pérez, La codificación penal en un periodo de alteración de los derechos fundamentales: el Código penal de 1928, en A. Masferrer, *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación disciplinar*, Pamplona, Thompson-Reuters Aranzadi, 2011, pp. 327-358.

J. L. Corral Lafuente, *Historia de la pena de muerte*, Madrid, Aguilar, 2005.
E. Cuello Calón, *Contribución al estudio de la historia de la pena de muerte en España*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 10 (fascículo I, 1957), pp. 9-39.
E. Cuello Calón, "Vicisitudes y panorama legislativo de la pena de muerte", en «Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales», 6.3(1953), pp. 493-512.
E. Cuello Calón, *Derecho Penal*, 7ª edición, Barcelona, Bosch, 1945.
J. Cuello Contreras, *Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 30 (1977), fascículo I, 83-110.
E. De Benito Fraile, *Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código penal de 1822*, en «Foro. Nueva época», 8 (2008), pp. 41-68.
A. Fiestas Loza, *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, L C, 1977.
A. Fiestas Loza, *Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822*", en «Revista de Historia del Derecho», II, 1 (1977-1978), pp. 55-78.
E. Gacto Fernández, *Aproximación a la historia del derecho penal español*, en *Hispania. Entre derecho propios y derechos nacionales (Atti dell'incontro di studio . Firenze-Lucca, 25, 26, 27 maggio 1989*, Milán, Giuffrè, 1990, I, pp. 501-530.
C. García Valdés, *La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», LXXXII (2012), 37-66.
J. González Serrano, *Apéndice a los comentarios del Código Penal de Don Joaquín Francisco Pacheco o sea el nuevo código*, *comentadas las adiciones que contiene*, Madrid, Imprenta de M. Tello, 1870.
A. Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 8 volúmenes, Burgos, Imprenta de Tomás Arnáez, 1870 (desde el cuarto tomo, Salamanca, Esteban Hermanos, 1891-1899).
D. Guillot Aliaga, *Los delitos de robo y hurto en la Codificación penal del siglo XIX*, en A. Masferrer (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal en España. Parte especial*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 955-982.
J. L. Guzmán Dalbora, *La pena de muerte en la filosofía jurídica y en los derechos penal y militar e internacional penal*, en A. Muñoz Aunión (coord.), *Por la abolición universal de la pena de muerte*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 499-525.
E. Iñesta Pastor, *Los delitos contra las personas en la Codificación penal española (siglos XIX y XX). Una perspectiva de Derecho comparado*

europeo y latinoamericano, en A. Masferrer (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 681-790.

E. Iñesta Pastor, *Influencias extranjeras en la configuración de la pena en los códigos penales españoles decimonónicos*, en A. Masferrer (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte general*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 401-499.

E. Iñesta Pastor, *El código penal de 1848*, Valencia, Tirant lo Blanch, Universidad de Alicante, 2011.

G. Landrove Díaz, *La abolición de la pena de muerte en España*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 34 (fascículo I, 1981), 17-32.

G. Landrove Díaz, *En torno al proyecto Sáinz de Andino de Código Criminal*, en «Annales de la Universidad de Murcia. Derecho», XXXIV, 3-4 (1975-1976), pp. 437-460.

M. de Lardizábal Uribe, *Discurso sobre las penas: contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, Joaquín Ibarra, 1782 (edición facsímil, Granada, Comares, 1999).

J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española*, 5, *Codificación penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, 2 voll.

J. López Barja de Quiroga, *El Código penal de 1870 y su contexto histórico*, en F. Rico Pérez (coord.), *Centenario del Código civil*, Madrid, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, 1986, vol. II, pp. 477-491.

V. Lucea Ayala, Reos, verdugos y muchedumbres: la percepción popular de la penalidad y la pena de muerte. Zaragoza, 1855-1915, en «Revista de historia Jerónimo Zurita», 76-77 (2002), pp. 129-158.

A. Manjón-Cabeza Olmeda, *Constitución de 1812 y Código penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)*, en «Revista de Derecho Penal y Criminología», 9 (enero 2013), pp. 143-172.

Melchor de Macanaz, *Auxilios para bien gobernar una Monarquía Católica, o documentos, que dicta la experiencia, y aprueba la razón, para que el Monarca merezca justamente el nombre de Grande*. *Semanario Erudito*, publicado por Antonio Valladares, V, Madrid, 1787.

J. Marcos Gutiérrez, *Práctica criminal de España*, Madrid, Benito García, 1805-1806.

A. Masferrer (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

A. Masferrer (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte general*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
A. Masferrer, *La historiografía penal española del siglo XX. Una aproximación a las principales líneas temáticas y metodológicas*, en «Rudimentos legales, Revista de Historia del derecho», 5 (2003), pp. 127-211.
R. Núñez Barbero, *La reforma penal de 1870*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1969.
P. Oliver Olmo, *La pena de muerte en España*, Madrid, Síntesis, 2008.
P. Oliver Olmo, *Pena de muerte y proceso civilizatorio en España: del imaginario abolicionista al exterminista*, en M. E. Nicolás Marín y C. González Martínez (coords.), *Ayeres en discusión: temas claves de historia contemporánea hoy*, Murcia, Universidad de Murcia, 2008.
J. L. Orella Unzué, *Don Manuel de Lardizábal y Uribe (Txascala, 1734, Madrid, 1820) consejero de Castilla y firmante del Estatuto de Bayona*, en D. M. Sánchez-González (coord..), *Corte y Monarquía en España*, Madrid, CERA-UNED, 2003, pp. 111-152.
P. Ortego Gil, *Entre jueces y reos. Las postrimerías del derecho penal absolutista*, Madrid, Dykinson, 2015.
P. Ortego Gil, *Las cifras de la pena de muerte en España durante el siglo XIX; una aproximación estadística*, en M. Torrea Aguilar, M. Pino Abad, J. M. García Marín (coords.), *Burocracia, poder político y justicia*. Libro homenaje de amigos del profesor José María García Marín, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 543-576.
J. F. Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, Imprenta de Santiago Saunaque, 1848. Edición actual con estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera, Madrid, Edisofer, 2000.
M. Pérez y de Molina*, La sociedad y el patíbulo ó la pena de muerte histórica y filosóficamente considerada*, Madrid, Imprenta de la Esperanza, 1854.
A. Pulido Fernández en *La pena capital en España, Madrid*, Establecimiento tipográfico de Enrique Teodoro, 1897.
J. M. Puyol Montero, La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena de muerte en España (1870-1900), en A. Masferrer (ed.), *La jurisprudencia penal en España (1870-1978). Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Cizur Menor (Navarra), 2023, 863-923.
J. M. Puyol Montero, *Algunas influencias doctrinales y legales en la regulación de la pena de muerte en la codificación penal española del siglo XX. Una aproximación al proceso de humanización de la Parte Especial de los Códigos*

españoles decimonónicos, en A. Masferrer (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp.173-212.

J. M. Puyol Montero, *The Dead Penalty in Nineteenth Century Spain*, J. M. Puyol Montero (coord.), *Studies on life, human dignity and law*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 87-110.

J. M. Puyol Montero, *La pena de garrote durante la Guerra de la Independencia: los decretos de José Bonaparte y de las Cortes de Cádiz*, en «Cuadernos de Historia del Derecho», vol. extraordinario (2010), pp. 569-581.

J. M. Puyol Montero, *La publicidad en la ejecución de la pena de muerte: las ejecuciones públicas en España en el siglo XIX*, Madrid, Universidad Complutense, 2001.

J. M. Puyol Montero, *La abolición de la pena de horca en España*, en «Cuadernos de Historia del Derecho», 4 (1997), pp. 91-140.

I. Ramos Vázquez, *El derecho penal de la Ilustración*, en J. Alvarado Planas y A. Serrano Maíllo (coords.), *Estudios de historia de las ciencias criminales en España*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 43-68.

I. Ramos Vázquez y J. B. Cañizares Navarro, *La influencia francesa en la primera codificación española: el Código penal francés de 1810 y el Código penal español de 1822*, en A. Masferrer (ed.), *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a las influencias extranjeras y a la francesa en particular*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 193-270.

J. M. Rodríguez Devesa, *Contribución a la imagen numérica de la pena de muerte en España*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», 178-179 (1967), pp. 359-369.

L. Rodríguez Ennes y P. Allegue Aguette, *Reflexiones sobre algunas ideas punitivas del P. Sarmiento*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 45 (fascículo 3, 1992), pp. 855-880.

L. San Martín Losada, *El Código penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870*, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1928.

D. M. Sánchez González, *Evolución del delito de lesa majestad en la codificación penal de los siglos XIX y XX*, en A. Masferrer (coord.), *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 353-391.

D. M. Sánchez González, D. M., *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, BOE, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

P. M. Sarmiento, *Impugnación del escrito de los abogados de Coruña contra los foros benedictinos*, en *Obras*, XV, Madrid, 1782, pp. 225-226.
S. Scandellari, *Alcune note sull'influenza di Filangieri nella codificazione penale spagnola del 1822*, en A. Lucio (ed.), *Gaetano Filangeri e l'Illuminismo europeo*, Napoli, Guida, 1991, pp. 519-527.
M. D. Serrano Tárrega, *La pena capital en el sistema español*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1992.
D. Silva Forné, *La codificación penal y el surgimiento del Estado liberal en España*, en «Revista de Derecho Penal y Criminología», 2ª época, 7 (2001), pp. 233-309.
F. A. Silvela Blanco, *Consideraciones sobre la necesidad de conservar en los Códigos y de aplicar en su caso la pena capital*, Madrid, Imprenta de Tomás Jordán, 1835.
D. Sueiro, *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimiento*, Madrid, Dado, 1974.
F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969.
E. Torijano Pérez, *Salamanca, Toribio Núñez, Jeremy Bentham y el derecho penal: el informe de la Universidad de Salamanca sobre sobre el proyecto de código penal de 1822*, en S. De Dios, J. Infante Miguel-Motta, E. Torijano Pérez (coords.), *Juristas de Salamanca. Siglos XV-XX*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2009, pp. 259-310.
M. Torres Aguilar, *El proceso de la primera codificación penal y la Constitución de Cádiz*, en J. A. Escudero López (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa Calpe, 2011, II, pp. 442-468.
M. Torres Aguilar, M., *Génesis parlamentaria del código penal de 1822*, Messina, SICANIA-Università degli studi di Messina, 2008.
M. Torres Campos, *La pena de muerte y su aplicación en España*, Madrid, Góngora, 1879.
R. Valladares Saavedra, *Sobre la necesidad de proscribir la pena de muerte por los llamados delitos políticos*, Madrid, Imprenta de Manuel Álvarez, 1848.
J. Vicente y Caravantes, *Código penal reformado, comentado novísimamente, precedido de una breve reseña histórica del derecho penal de España y seguido de tablas sinópticas*, Madrid, Librería de Ángel Calleja, 1851.
T. M. Vizmanos y C. Álvarez Martínez, *Comentarios al Código Penal*, 2 vols., Madrid, Tipográfica de J. González y A. Vicente, 1848.

Antonio Cappuccio*

Il magistero forense di Ludovico Fulci: prime note

Sommario: 1. Fortunose coincidenze – 2. Tra aule di giustizia e commissioni parlamentari: al fianco di Francesco Faranda, Giuseppe Zanardelli e Camillo Finocchiaro-Aprile – 3. Difese, arringhe e verbali consiliari: gli scontri con Enrico Ferri e Adeodato Bonasi – 4. «Dire la verità»: per una conclusione aperta.

1. *Fortunose coincidenze*

Da qualche mese, una parte dei locali posti al primo piano del corpo centrale di Palazzo Piacentini[1], monumentale sede dei principali organi giudiziari messinesi a partire dal 1928, è oggetto di importanti interventi di manutenzione. Come diretta conseguenza di questa più che opportuna azione di cura e conservazione di uno degli edifici simbolo della città dello Stretto, i due raffinati busti che 'vigilavano' sulla porta d'ingresso della grande sala adibita a biblioteca dell'Ordine degli Avvocati sono stati momentaneamente collocati altrove: quello effigiante Francesco Faranda, realizzato dallo scultore Vincenzo Ragusa in un elegante marmo bianco di Carrara[2], è stato coperto e sistemato in un'ansa dell'ala ovest, mentre quello bronzeo cui sono stati impressi i lineamenti di Ludovico (Lodovico) Fulci, che si deve a spatole, gessi e ceselli di Giuseppe Sutera[3], ha trovato

* Università di Messina.

[1] Si vedano in proposito F. Paolino, *Dal monumentale al razionale. Due opere di Marcello Piacentini a Messina e Reggio Calabria*, Reggio Calabria 1984; R. Sisci (cur.), *La Giustizia a Messina: i sessant'anni di Palazzo Piacentini*, Messina 1989; M. Pisani, *Architetture di Marcello Piacentini: le opere maestre*, Roma 2004, pp. 50-54.

[2] «All'inizio del 1931 – come spiega Nicola Nastasi – alla Commissione fu donata una scultura: l'avv. Ferdinando Parlavecchio di Paternò, infatti, comunicò al presidente che la vedova dello scultore Vincenzo Ragusa era disposta a cedere gratuitamente un mezzobusto in marmo del "sommo maestro Faranda". La Commissione, con delibera assunta il 10 gennaio ringraziò la vedova Ragusa e pregò Parlavecchio di provvedere al ritiro ed alla spedizione dell'opera a spese della commissione stessa»: N. Nastasi, *Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Messina (1909-1943)*, in G. Pace Gravina (cur.), *Avvocati a Messina. Giuristi tra foro e cattedra nell'età della codificazione*, Messina 2007, p. 52.

[3] Il busto venne commissionato, nel 1932, dal «Comitato per le onoranze a Ludovico Fulci», composto dagli avvocati Alessandro Pisani, Ottavio Spagnolio, Salvatore Ponz de

posto all'interno della stessa biblioteca, proprio accanto al grande tavolo di noce stile *chevron* sul quale mi capita con una certa frequenza di sostare per consultare testi ed espletare le incombenze legate al mio ruolo di delegato alla formazione del consesso forense distrettuale.

Giorno dopo giorno, insomma, il mio sguardo ha idealmente incrociato quello del penalista natìo di Santa Lucia del Mela, la cui storia scientifica, forense e pubblica ho iniziato a scandagliare partecipando come relatore a diversi convegni e seminari a lui dedicati. Occasioni differenti, ma identica impressione: al cospetto di Fulci, messi da canto certi preconcetti dovuti alle narrazioni faziose di qualche oppositore coevo, ci si convince presto di essere davanti ad un giureconsulto colto, politicamente impegnato, professionalmente rigoroso e capace di tessere una fitta rete di relazioni. Una figura a più dimensioni – di operatore del diritto, di studioso, di politico – che mi ha tuttavia spinto, anche nei precedenti superficiali scavi, a rifuggire dall'ammaliante canto delle 'etichette' storiografiche, se non quella volutamente generica coniata da Aldo Mazzacane con l'arguta immagine metaforica del «giurista uno e trino»[4], insieme avvocato, docente e uomo di stato.

Mi è sembrato, perciò, quasi inevitabile tornare a leggere gli atti forensi, i lavori scientifici e i discorsi parlamentari di Fulci per provare a riordinare le idee. E così ho fatto di buona lena, mosso anche da un'altra coincidenza: di recente, una giovanissima storica dell'arte interessata ai lavori di Sutera mi ha 'costretto', per provare a dare risposta alle sue precise domande relative alla 'storia del busto di Fulci', a riprendere in mano quei pochi appunti che avevo fissato in fogli sparsi e su un file word.

Leon, Vincenzo Magaudda, Giuseppe Fortino e Letterio Galletti. In una nota, datata primo dicembre dello stesso anno e indirizzata alla Commissione Reale per il Collegio degli Avvocati di Messina, si legge che l'omaggio della scultura, insieme con la «ristampa del trattato fondamentale *L'Intenzione nei singoli reati*», venne offerto al foro peloritano in segno di «devozione e affetto al Maestro, […] orgoglio della terra nostra». Fulci ne fu particolarmente lieto e inviò un biglietto di ringraziamento al Presidente della locale Commissione Reale, Pasquale Ruggeri, ricordando come «quando Ella era studente, il padre mio parlando dei suoi alunni di quel tempo – che erano anche alunni miei nello insegnamento di diritto penale e di diritto costituzionale – mi disse di Lei: quel giovane ha ingegno e studia con amore – ed avrà fortuna –. Ed indovinò». I documenti citati sono conservati all'interno del fascicolo personale del «Senatore Prof. Avv. Ludovico Fulci» presso l'Archivio dell'Ordine degli Avvocati di Messina (d'ora in avanti AOAM), fasc. *Fulci Ludovico*.

[4] Cfr. A. Mazzacane, *Secolo dell'Università - secolo delle professioni: le ragioni di un incontro*, in A. Mazzacane - C. Vano (curr.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli 1994, p. 9.

In attesa, dunque, che queste pungolate riflessioni maturino e si sedimentino meglio in me, nelle pagine appresso, grazie alla generosa accoglienza offertami dall'amico e collega Marco Geri, tenterò di dare una forma leggibile a vecchie annotazioni, aggiungendo qualche nuovo spunto ed essenziali note bibliografiche.

2. *Tra aule di giustizia e commissioni parlamentari: al fianco di Francesco Faranda, Giuseppe Zanardelli e Camillo Finocchiaro-Aprile*

Il presente itinerario deve necessariamente prendere avvio dagli albori della formazione fulciana, poiché è qui che si scorgono i primi tratti distintivi del penalista pratico. Ludovico è in qualche modo un predestinato. Seguendo le orme del padre Antonio, avvocato e docente di Diritto civile, si laurea nel 1871 in giurisprudenza a Messina sotto la guida di Sebastiano Visalli Brancati, ma stringe presto un solido rapporto con il suo maestro elettivo, Francesco Faranda, che lo instrada nei meandri teorici e pratici del diritto penale[5]. Sono gli anni in cui il neonato Regno d'Italia vive sotto il segno dell'emergenza: brigantaggio, stato di necessità finanziaria, fragilità politica e sociale sono questioni che segnano una radicale e irreversibile torsione del sistema normativo, dell'assetto economico e del pensiero politico. I richiami alla legalità, all'Unità e all'estirpazione dei mali che minacciano l'ordine pubblico, amplificati dal noto dibattito tra le due 'scuole', risvegliano nei giovani – e meno giovani – giuristi e pratici un forte senso di appartenenza, spingendoli a spendersi attivamente nell'affannosa ricerca di nuove soluzioni, non di rado fantasiose e audaci, e nella crescita del Paese.

Dopo le prime pubblicazioni di matrice storico-politica e giusfilosofica[6] – segnate dalle letture di Rousseau, Romagnosi, Spencer, Hegel e Mamiani, del quale critica apertamente l'idea di un'esatta «coincidenza tra morale e

[5] Per ulteriori cenni biografici cfr. P. Camponeschi, voce *Fulci, Ludovico*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 50, Roma 1998, pp. 694-696; R. Roselli, *Ludovico Fulci*, in G. Pace Gravina (cur.), *Avvocati a Messina*, cit., pp. 129-136; M. Saija, *I Fulci: tre generazioni di parlamentari messinesi in novant'anni di storia italiana*, in M.R. Protasi - D. D'Alterio (curr.), *I Fulci. Discorsi parlamentari*, Roma 2012, pp. LIII ss.; oltre alla voce *Fulci, Ludovico* a mia firma in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletti (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo),* 2 voll., Bologna 2013, ad ind.

[6] L. Fulci, *Le guarentigie del Pontefice*, in «Galileo Galilei», 1 (1871), p. 1; Id., *L'impero germanico*, in «Rivista sicula di scienze, letteratura ed arti», 4 (1872), p. 283; Id., *Di alcuni problemi giuridici fondamentali*, Messina 1879.

diritto»[7] –, qualche didascalica recensione di scritti privatistici[8], e l'esordio nell'amministrazione comunale nella lista radicale, anche Fulci entra quindi nell'agone del giure penale e della politica nazionale, iniziando la sua personale ascesa come avvocato e uomo di Stato.

L'affermato studio legale paterno, ubicato nei pressi della Fonte Gennaro, al numero civico 69 del Corso Cavour, è meta di tanti procuratori e avvocati che lì apprendono i segreti delle professioni forensi o soltanto si confrontano con lo stimato civilista. Il Nostro, invece, sceglie un'altra via. Prima, infatti, di farvi ritorno e trasformarlo nella propria 'casa professionale', per qualche anno l'ambizioso Ludovico affianca nelle aule di giustizia il carrariano penalista Faranda, convinto propugnatore dell'abolizione della pena di morte e alfiere dell'autonomia e dell'indipendenza dell'avvocatura.

Il sodalizio tra i due è ben impresso, ad esempio, nel frontespizio del *Ricorso alla sezione di accusa nell'interesse dei Signori Pietro Sgroi, Carmelo Cutrufelli, Gio. Batt. Puglisi (parte civile) degli Avv.ti Francesco Faranda e Lodovico Fulci*, dato alle stampe nel 1877 per i tipi di Capra.

I tre querelanti, costituitisi parte civile, si erano affidati a Faranda e Fulci per ribaltare, davanti alla Corte, l'esito di un giudizio che il giudice istruttore – «solo» e «nel silenzio dell'inquisizione» – aveva concluso con un'ordinanza di assoluzione. Il verdetto era stato pronunciato in favore del «gerente» della *Gazzetta di Messina*, Gaetano Canderozzi, imputato di «libello famoso» per aver pubblicato nelle colonne del medesimo giornale una corrispondenza anonima tesa a gettare ombre sul risultato delle elezioni suppletive del 1876 nel collegio uninominale di Francavilla di Sicilia e a screditare l'operato «delle persone componenti gli ufficii provvisorii o diffinitivi» – Pietro Sgroi, Carmelo Cutrufelli e Giovan Battista Puglisi –. La prosa dei penalisti peloritani appare lineare, arguta e appassionata: passaggio dopo passaggio, nel reclamo per «rivocazione dell'ordinanza», essi provano a smontare «i fatti che l'anonimo attribuisce ai querelanti», riconducendo le asserzioni «disonoranti del libellista» nell'alveo del reato contestato, e non si attardano mai sulla presunta «illegalità della elezione», come rimproveravano al magistrato di prime cure. Nelle cinquanta pagine

[7] P. Camponeschi, voce *Fulci, Ludovico*, cit., p. 695.

[8] L. Fulci, Recensione a E. Pacifici Mazzoni, *Studio storico sulla successione legittima, dalle XII tavole al codice civile italiano*, in «La Temi Zanclea», I (1870-71), p. 104; Id., Recensione a G. Buniva, *Interpretazione dell'articolo 890 del Codice civile italiano*, in «La Temi Zanclea», III (1872-73), p. 135; Id., Recensione a O. Mangano, *Il Divorzio, considerato nella teoria e nella pratica*, ivi, V (1876), p. 160; Id., Recensione a D. De Bernardo, *Il Divorzio, considerato nella teoria e nella pratica*, ivi, V (1876), p. 160.

del ricorso ogni sforzo è, perciò, speso a separare la «quistione politica» da quella giudiziaria[9]. E che si sia trattato di un'avveduta strategia difensiva, di operatori del diritto assai istruiti sui congegni elettorali e sui turbamenti di quel preciso collegio, sarà dimostrato di lì a breve, quando l'inchiesta della Camera appositamente avviata condurrà all'annullamento delle votazioni[10].

Anche l'incontro, nei primissimi anni Ottanta, con l'importante figura di Giuseppe Zanardelli da principio avviene – come ha ricostruito l'omonimo nipote Ludovico Fulci in un'intervista rilasciata a Marcello Saija – per affari legali, benché resti sullo sfondo la suggestione di una causa concorrente, ossia la condivisa appartenenza massonica. È nondimeno la vicenda degli irredentisti che, pur da angolature differenti, congiunge idealmente – e forse per la prima volta – i nomi di Fulci e Zanardelli: il Nostro, con Francesco Crispi, difese davanti alla Corte d'Assise di Roma gli autori dei disordini di 'Piazza Sciarra', susseguenti all'esecuzione nel 1882 per mano della giustizia austriaca del triestino Guglielmo Oberdan, mentre Zanardelli, quale Ministro di grazia e giustizia e dei culti del governo Depretis IV, si era in precedenza opposto con successo alla richiesta di estradizione di alcuni nazionalisti italiani rifugiatisi tra Roma, Milano, Padova e Venezia a seguito della condanna a morte dello stesso Oberdan.

Seriormente agli iniziali contatti forensi, e agli abboccamenti tra gli scranni di Palazzo Montecitorio, i due avvocati messinesi – Faranda e Fulci – consolidano il legame con Zanardelli quando vengono 'arruolati' per collaborare ai lavori preparatori del codice penale. L'apporto di Fulci, più da vicino, si coglie – a partire dalle riflessioni sulla «forza irresistibile»[11] – nella genesi e nella disputa sull'art. 46[12], il quale sdoganava una volta per tutte la non punibilità per infermità di mente («*non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei proprii atti*») e, nel secondo

[9] Le citazioni sono estrapolate da F. Faranda - L. Fulci, *Ricorso alla sezione di accusa*, cit.

[10] *Atti parlamentari – Camera dei deputati*, Legislatura XIII – Sessione 1876-77 – Discussioni –13 dicembre 1877, (pp. 5082 ss.), ora consultabile on line direttamente sul sito della Camera: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://storia.camera.it/regno/lavori/leg13/sed161.pdf?utm_source=chatgpt.com

[11] Si vedano in proposito le pagine dedicate alla questione da E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano 2015, pp. 48-60, la quale ha preso in esame l'opera fulciana *L'evoluzione nel diritto penale. La forza irresistibile*, Messina 1881.

[12] Sul punto cfr., da ultimo, S. Vinci, *«Dalla ragione alla follia, e dalla follia alla ragione». L'infermità di mente e la giustizia penale in Italia alla fine del XIX secolo*, in «Iurisdictio. Storie e prospettive della Giustizia», V (2024), pp. 89 ss. e lett. ivi citata.

comma, attribuiva al giudice il potere di ordinare la consegna all'«Autorità competente» dell'imputato prosciolto se ritenuto pericoloso. Come è stato correttamente evidenziato, tale risultato venne raggiunto dopo un travagliato cammino – in cui risuonano tantissime voci, tra cui è lecito ipotizzare anche quella del Nostro –, che dall'art. 47 del progetto del 1868 giunse fino all'art. 47 del progetto zanardelliano del 22 novembre 1887, passando per la «Commissione del 1870», il «progetto Vigliani», la «Commissione Mancini del 1876», il «progetto Mancini», il «progetto del 1883», il «progetto Savelli», il «progetto Pessina» e «quelli della Commissione del 1885 e Tajani»[13].

Il fondo "Carte Zanardelli" dell'Archivio di Stato di Brescia conserva prova di una crescente familiarità nella frequentazione[14]: in un telegramma del 27 giugno 1892, Fulci chiede a Zanardelli di «non impegnare sua autorità» nelle elezioni relative al Collegio di Milazzo, dove è candidato il fratello Nicolò, perché è così stato deciso dal «programma preciso sinistra»[15]; al 15 e 16 gennaio 1896 risalgono altri tre telegrammi e due lettere con cui Ludovico prega il collega di assumere la difesa di Concetta De Salvo contro i fratelli Barrere nella causa pendente presso la Corte d'Appello di Palermo, ma riceve uno «spiacentissimo non poter ottemperare»[16]; il 10 novembre dello stesso anno, i due fratelli messinesi – Ludovico e Nicolò – inviano all'«Illustre Amico» un biglietto di condoglianze per la perdita della sorella Martina[17]; tre anni dopo, proclamandosi «antico e convinto gregario della

[13] Stando alla ricostruzione che ne fece lo stesso ministro Zanardelli nella relazione resa alla Camera dei deputati, che per la parte che qui interessa è riprodotta in ivi, pp. 97-98.

[14] Per quanto concerne Faranda si rinvia ad Archivio di Stato di Brescia (d'ora in avanti ASB), fondo *Carte Zanardelli*, busta 66, fascicolo 5, 366 *Lettere dirette a Giuseppe Zanardelli (mittenti A-Z)*, 1882, (s.d., [Roma]; c. 1); busta 110, fascicolo 2, 631 *Lettere dirette a Giuseppe Zanardelli (mittenti D-M)*, 1895 (marzo 3, Messina; cc. 2); busta 142, fascicolo 5, 786 *Lettere dirette a Giuseppe Zanardelli (mittenti A-M)*, 1901 (febbraio 18, Messina; c. 1); busta 514, senza fasc., 1372 *Pratiche della Segreteria (nn. 4031-4100)*, 4043 - Francesco Faranda in merito alla elezione del presidente della Camera, 1902 (febbraio 23-25); busta 522, senza fasc., 1380 *Pratiche della Segreteria (nn. 4571-4640)*, 4589 - Istanza di Francesco Faranda, presidente dell'Associazione monarchica liberale di Messina, diretta ad ottenere di poter fregiare il gonfalone di quella associazione dello stemma reale, 1909..

[15] ASB, fondo *Carte Zanardelli*, busta 92, fascicolo 3, 542 *Lettere dirette a Giuseppe Zanardelli (mittenti F - L)*, 1892 (giugno 27, Messina; telegramma).

[16] ASB, fondo *Carte Zanardelli*, busta 114, fascicolo 3, 660 *Lettere dirette a Giuseppe Zanardelli (mittenti C-G)*, 1896 (gennaio 15 - novembre 10, Messina; due lettere e tre telegrammi, cc. 8);

[17] Ibidem.

democrazia», Fulci si dice «lieto di poter militare in un partito diretto da illustri ed intemerati maestri come gli onorevoli Zanardelli e Coppino»[18].

Ma il contributo tecnico-legislativo di Fulci non fu soltanto 'esterno'. Anzi, si può convintamente sostenere che la politica attiva, prima come deputato e poi come senatore, lo aiutò ad ampliare e affinare le sue già solide competenze di giurista. Nell'arco di un trentennio alla Camera, lo troviamo membro – talvolta con funzioni anche di relatore o di presidente – di ben trentotto commissioni istituite per valutare domande di autorizzazioni a procedere e disegni/proposte di legge, e, con il passaggio al Senato, «Presidente dell'ufficio centrale sui disegni di legge per la conversione in legge di decreti legge luogotenenziale recanti provvedimenti a favore delle regioni colpite dal terremoto del 28 dicembre 1908 e recanti modifiche della legislazione in materia, presentati nella tornata del 30 dicembre 1921»[19].

L'attività codificatrice proseguirà per Fulci, ancora in veste di deputato, anche nell'iter di realizzazione del codice Finocchiaro-Aprile del 1913, quale componente, insieme tra gli altri a Ludovico Mortara ed Enrico Ferri[20], della nutrita Commissione di coordinamento incaricata «di proporre le modificazioni» nonché le «necessarie disposizioni transitorie» al «progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione approvato dal Senato»[21]: «Quivi

[18] ASB, fondo *Carte Zanardelli*, busta 135, fascicolo 2, 749 *Lettere dirette a Giuseppe Zanardelli (mittenti C - G)*, 1899 (luglio 16, Messina; cc. 2).

[19] Un elenco dettagliato si legge in M. Saija, *I Fulci*, cit., pp. 3-6.

[20] Cfr. *infra*.

[21] Il rinvio è obbligato al ricco e documentato lavoro di M.N. Miletti, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I vol., *L'attesa*, Milano 2003, in particolare pp. 364-370. «L'art. 2 del decreto disegna – chiarisce l'Autore – l'organigramma della Commissione. La presidenza è assunta direttamente dal ministro guardasigilli. Vicepresidenti sono nominati i senatori prof. Enrico Pessina, avv. Tommaso Villa (ex ministro, a lungo presidente della Camera), Oronzo Quarta (primo presidente della Cassazione di Roma); ed il deputato avv. Pasquale Grippo. Il privilegio simbolico di affiancare Finocchiaro nell'ufficio di presidenza viene dunque attribuito a due penalisti ormai anziani [Pessina e l'ormai ottantenne Villa] e ai due parlamentari che avevano da poco presieduto le Commissioni speciali di Senato e Camera. Molto esteso è il novero dei componenti. Senatori: Giovanni Baccelli, Nicola Balenzano (avv.), Calcedonio Inghilleri, Antonio Marinuzzi (avv.), Lodovico Mortara (procuratore generale presso la Cassazione di Roma), Guglielmo Vacca (procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma). Deputati: Salvatore Barzilai (avv.), Edoardo Daneo (avv.), Luigi Dari (avv.), Enrico Ferri (prof.), Lodovico Fulci (avv.), Francesco Girardi (avv.), Angelo Muratori (avv.), Alessandro Stoppato (prof.). Magistrati: Adolfo Bacchialoni (primo presidente

– lo ricorda, in una commossa commemorazione, l'allievo Girolamo Penso – svolse opera molto importante, ché, per l'alto concetto in cui era tenuto, vennero a Lui affidati compiti ardui e delicati»[22].

In effetti, il Nostro – questa volta solo con Pessina, Grippo, Barzilai, Carnevale, Mortara, Pagliano, Stoppato e Vacca – viene anche cooptato direttamente dal guardasigilli Camillo Finocchiaro-Aprile per far parte del gruppo ristretto della Sottocommissione costituita «con il compito di "proporre in forma concreta gli emendamenti" indicati dalle relazioni delle Camere»[23].

Di una così stimolante esperienza egli fece tesoro due volte.

Anzitutto, per la stesura, a stretto giro e attingendo a piene mani dai verbali originali, del proprio *Commento al codice di procedura penale*[24]: «Sin dall'*Introduzione* – precisa puntualmente Marco Nicola Miletti – il penalista messinese apre qualche squarcio sulle discussioni tra i revisori, le quali rivelano non solo l'esistenza di un'animata dialettica all'interno del consesso, ma anche la tendenza a soffocare quegli spunti d'innovazione del rito penale che sembravano ormai acquisiti nel progetto 1911»[25].

E, in seguito, avanti negli anni, per licenziare i suoi *Ricordi parlamentari sul progetto di codice di procedura penale del 27 febbraio 1913*[26], invero nient'altro che la riproduzione integrale di due distesi interventi tenuti alla Camera. Nel primo, risalente alla seconda tornata del 12 giugno 1912, Fulci auspicava: «1. che la competenza della Corte di Assise [fosse]

di Corte d'appello di Torino), Salvatore Pagliano (procuratore generale presso la Corte d'appello di Napoli), Gabriele Pincherle (consigliere di Stato). Professori: Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini (entrambi ordinari di diritto penale a Palermo e Torino). Infine, l'ex parlamentare avv. Luigi Majno. Segretari: Raffaele De Notaristefani (sostituto procuratore generale presso la Cassazione di Roma); Luigi Giampietro (sostituto procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma); Silvio Longhi (consigliere di corte d'appello, applicato al Ministero); Giuseppe Satta (direttore della divisione studi legislativi del Ministero). Vicesegretari: Ugo Aloisi (primo segretario del Ministero), Giulio Grazioli (giudice del tribunale di Roma), Galasso Guglielmo Rubbiani e Alberto Seganti (entrambi sostituti procuratori del re a Roma)» (pp. 365-366).

[22] G. Penso, *Lodovico Fulci. Giurista e avvocato*, in *Quaderni dei corsi di perfezionamento nelle materie giuridiche professionali del Sindacato fascista Avvocati e procuratori di Messina*, Messina 1934, p. 10.

[23] M.N. Miletti, *Un processo per la terza Italia*, cit., p. 371.

[24] L. Fulci, *Commento al codice di procedura penale,* Libro I, Disposizioni generali, Palermo 1915.

[25] M.N. Miletti, *Un processo per la terza Italia*, cit., p. 374; un altro riferimento alla visione di Fulci sull'integrazione dell'art. 12 del progetto di codice in parola è a p. 376.

[26] Messina 1932.

determinata dal criterio della *qualità* del reato demandando alla conoscenza dei Tribunali penali i delitti che hanno per estremo la fraude; 2. che [fosse] provveduto alla tutela giuridica con provvedimenti atti a difendere la società contro la delinquenza, che è causata da degenerazioni e malattie mentali; 3. che [fosse] armonizzata la giustizia penale con la giustizia civile integrando le disposizioni sulle pregiudiziali con precetti più precisi e riproducendo il disposto dell'articolo 848 del vigente Codice di procedura penale»[27]. Al secondo discorso, letto durante la tornata del 19 luglio 1913 come «relatore della minoranza», consegnava la propria interpretazione sulla *species* del reato di peculato in rapporto alla eleggibilità dei deputati al Parlamento. In opposizione alla *corrente* maggioritaria che postulava l'ineleggibilità di Nunzio Nasi, egli replicava con ben assestati 'fendenti' giuridici, tra cui il *discrimen* «tra abuso di fiducia e abuso di autorità»[28] e la nuova qualificazione del peculato come «reato contro l'amministrazione» e non più come «reato di frode […] o contro la proprietà»[29].

3. *Difese, arringhe e verbali consiliari: gli scontri con Enrico Ferri e Adeodato Bonasi*

Tornando all'esercizio della professione forense e alla visibilità che Fulci ne trasse, vale la pena dare breve spazio a qualche testimonianza, come quella di Stanislao Cannizzaro, che di lui scrive: «Col modo disinteressato con cui ha esercitato attivamente la professione di Avvocato e colla sua carità verso tutti coloro che a lui si rivolgevano, ha esercitato ed esercita una benefica influenza in tutta la provincia […]»[30]. Notizie sparse qua e là sulle difese e arringhe fulciane si trovano, d'altronde, in tutti i fogli locali del tempo, che spesso si lanciano in lusinghieri giudizi.

Solo per fare un esempio, nel *Giornale di Sicilia* e nella *Gazzetta di*

[27] L. Fulci, *Ricordi parlamentari*, cit., p. 9.

[28] Ivi, p. 36.

[29] Ivi, pp. 37-38: «Ora io la pregherei di non guardare soltanto la prima edizione del libro del Carrara, ma di guardare anche la settima edizione. E li troverà questo, che il professor Carrara si propone il quesito, se possa esserci, anche senza fine di lucro, un peculato. Ed egli dice che, quando si tratta di debitori di specie, il debitore di specie, il custode del pubblico denaro, può essere un peculatore senza fine di lucro».

[30] ASB, fondo *Carte Zanardelli*, busta 619, fascicolo 4, 1508 *[23 - Senatori] - e) corrispondenza*, 1901-1903 – 26 (1901 settembre 24).

Messina e delle Calabrie del 19 dicembre 1911 – quest'ultima, bisogna precisarlo, di proprietà dei cugini Francesco Paolo e Luigi Fulci dal 1894 –, venne dato grande risalto all'autodifesa del Nostro nel processo contro un suo antagonista politico, il social-riformista Giuseppe Toscano, colpevole di avergli indirizzato pesanti «insulti» a mezzo di un articolo di giornale. È superfluo qui entrare nel merito della contesa politica Fulci-Toscano[31]. Mi limito a rilevare che la discussione in aula tenuta in quell'occasione dal penalista messinese fu salutata come «portentosa», «ingegnosa» e «magnifica». Toni ampollosi e aggettivi strabordanti? Non lo si può escludere in radice, tuttavia tocca almeno ammettere che l'oratoria di Fulci era presa a modello da tanti colleghi[32] e che egli dominava il tema della diffamazione con particolare competenza: come si è detto, era stato l'oggetto del suo battesimo giudiziario accanto a Faranda[33] e, appena tre anni indietro rispetto ai fatti in questione, aveva dato alle stampe una densa monografia sul *Libello famoso* – con «annotazioni di giurisprudenza e legislazione comparata» – ove ammoniva con enfasi: «la disciplina della stampa è argomento gravissimo se si considera in rapporto al decoro e all'onore del cittadino […]. La difficoltà consiste nell'armonizzare la censura dei pubblici poteri – i diritti della storia –, la libertà di critica col rispetto all'onore […]»[34], poiché «l'uomo ha diritto non solo alla *integrità fisica* ma anche all'*integrità morale*»[35].

La prolifica carriera d'avvocato di Fulci è fissata, peraltro, nelle molte pagine delle sue memorie[36]. Esse ebbero la dignità della pubblicazione e

[31] Sulla quale si è già appuntata l'attenzione storiografica: cfr. G. Cerrito, *I periodici di Messina. Bibliografia e storia*, Milano 1961, pp. 97 ss.; M. Saija, *I Fulci*, cit., p. LXXI.

[32] G. Penso, *Lodovico Fulci*, cit.

[33] Si rinvia *supra* al *Ricorso alla sezione di accusa nell'interesse dei signori Pietro Sgroi, Carmelo Cutrufelli, Gio. Batt. Puglisi (parte civile)*, cit.

[34] L. Fulci, *Il libello famoso*, Messina 1908, *Prefazione*.

[35] Ivi, p. 1, corsivi nel testo.

[36] Se ne indicano qui alcune: L. Fulci, *Difesa del signor Leopoldo Parlato imputato di deviazione d'acqua*, Messina 1884; Id., *Difesa della ditta L. Galli & C. da Milano contro ditta Gaetano Ainis da Messina*, Messina 1887; Id., *Pel signor Gaetano Galletti: alla sezione di accusa presso la Corte di Appello di Messina*, Messina 1898; Id., *Giovanni Patti contro l'Avvocatura erariale di Catania: innanzi la prima sezione del Tribunale civile di Messina*, Messina 1899; Id., *Nuovo contributo alle teorie delle cause mediate nei reati colposi e della compensazione delle colpe: difesa del sig. Bontempo Antonino*, Messina 1900; Id., *Difesa dei coniugi Rizzo - D'Agata*, Messina 1907; Id., *Iannello contro Giordano*, Messina 1912; Id., *I testi indotti a difesa di Gaspare Cucinotta,* Messina 1914; Id., *In difesa di Salvatore Marullo*, Messina 1916; Id., *Avvocato Giacomo Crisafulli contro il Comune di Messina*,

una diffusa circolazione proprio per i loro meditati contenuti, sebbene contrari talvolta agli orientamenti della Cassazione[37]. Il modello di avvocato isolano che veste i panni di geloso custode di antiche tradizioni e prassi siciliane messe al servizio del processo di unificazione con il Nostro lascia definitivamente posto all'operatore immerso nel caleidoscopico mondo del diritto, pronto a governare le incalzanti "invasioni extradisciplinari" che premono ai confini del sapere legale e si insinuano – talvolta a fatica – nella vita giudiziaria. Il breviario fulciano, tanto negli scritti difensivi quanto nei contributi dottrinali e nei suoi corsi universitari[38], si arricchisce, così, con

Messina 1917; Id., *In difesa della Marchesa di Cassibile. Arringa dell'On. Avv. Ludovico Fulci*, in «L'Eloquenza siciliana. Rivista meridionale mensile», V (1927), nn. 8-9-10, pp. 243 ss.; Id., *In difesa di Serra Ferro Francesco*, Messina 1932; Id., *Brevi note in difesa del Banco di Sicilia nel giudizio civile contro Genovese Lorenzo*, Messina 1933.

[37] Ed è forse proprio questa la peculiarità di alcune brevi note critiche edite da Fulci nel 1898: L. Fulci, *Tre casi giuridici discussi e decisi dalla Cassazione penale nell'anno 1897*, Torino 1898. Tre commenti ad altrettanti arresti del Supremo Collegio con cui vennero rigettate le tesi dell'avvocato messinese, il quale – è doveroso sottolinearlo – aveva di fatto anticipato soluzioni capaci in seguito di fare breccia nella cultura giuridica: così, ad esempio, sulla falsità di un atto pubblico attestante il riconoscimento delle paternità, che a partire dagli anni Venti del Novecento si assesterà su posizioni prima impensabili, tanto dal punto di vista dottrinale quanto giurisprudenziale.

[38] A differenza di molti colleghi del foro, Fulci si rifiutò di partecipare ai concorsi nazionali a cattedra, preferendo conciliare l'impegno tribunalizio con la libera docenza. Ammise infatti che: «Nello affannoso lavoro delle lotte forensi, nel travaglio della vita pubblica, sempre affaticante, spesso spinosa, l'ora dello insegnamento universitario è una ricreazione nella mia vita». Ed è proprio nel ruolo di *libero* docente, a mio avviso, che egli dà sfogo all'esigenza di un confronto costruttivo con i positivisti di matrice lombrosiana, un confronto che non si riduce mai in una cieca adesione. Nella sua prolusione al corso di Diritto penale del 1884, dal titolo *La nuova scuola criminale* (Roma 1885), ai discenti messinesi egli, infatti, introduce il contenuto delle sue future lezioni con queste parole: «Non ci meraviglia che lo spirito della scienza nuova aleggi nelle discipline giuridiche, ci sorprende anzi che queste finora siano state chiuse gelosamente al flusso delle nuove idee, che hanno rinnovato tutto […]». Fulci dice bene, benissimo, questo spirito «nuovo» aleggiava ovunque: dalla scienza alla politica, passando per l'arte. Si pensi, solo per citare un caso, ad uno dei capolavori della letteratura europea, *Strange Case of Dr Jekyll and Mr Hyde* del 1886, in cui lo scrittore Robert Louis Stevenson fa pronunciare al protagonista del romanzo, il Dr Jekyll, una frase che sembra uscita da un manuale positivista: «Io non sono responsabile, lo è Mr. Hyde». Quarant'anni anni dopo la prima prolusione, Fulci tornerà a parlare agli studenti messinesi delle conquiste antropologiche attraverso le lezioni sul *Progetto di Codice penale* elaborato nel 1921 da Ferri. A differenza di altri penalisti, bisogna ammetterlo, il giudizio di Fulci sull'auspicata riforma del diritto penale sostanziale in chiave lombrosiana non è impietoso, tutt'altro: «lontano dal misoneismo degli uni e dallo affrettato spirito di riforma degli altri, ho creduto di riportare, nel dibattito, un pensiero sereno e maturo. Qualcuno dirà, forse, che questo è *eclettismo*

princìpi e termini della sociologia, dell'economia, della biologia e della medicina legale.

Entro questa cornice si ingaggia, nel 1927, nella città dello Stretto, un celebre processo per corruzione che vede contrapposte le argomentazioni del «Sen. Avv.» Fulci e quelle dell'«On. Prof.» Ferri.

Chiamato ad assumere la difesa di Maria Caterina Scoppa marchesa di Cassibile, Fulci lascia che si sbiadiscano sia le rigide pose 'di scuola' che i toni sinceramente elogiativi spesi altrove, in passato, nei confronti del coetaneo collega lombardo: «fra i pochi che in Italia sul tema della responsabilità penale abbia fatto degli studi serii»[39], giurista «dal fervido ingegno»[40] e persino «dotto amico»[41]. Ammantato dalla propria toga e con un'unica missione che gli deriva dal mandato ricevuto, egli non teme ora il paritario confronto e non lesina frasi pungenti e colorati epiteti: «Non ci vuole né acqua, né fuoco, né l'energia di quel sole, al quale il simpatico Ferri con parola calda levava un inno»; «Ferri, colla sua posa da apostolo»; «Ferri diceva: "ecco la società che si sfascia; nuove classi vengono su e le classi borghesi si demoliscono". Ma, amico Ferri, nelle classi dirigenti ci sono stati sempre Catoni e corrotti […] perché qualunque sia la classe dominante, siano i patrizii o i borghesi, e ci sia anche l'avvento del proletariato vittorioso, l'ambiente sociale potrà lenire la delinquenza, giammai eliminarla!»; «l'amico Ferri deplorava che la Marchesa di Cassibile si fosse asilata dietro la cittadella del *non ricordo* […]. E a dir vero, la memoria di Pico della Mirandola non avrebbe potuto appagare tante curiosità e tanti desiderii. Il *non ricordo* non poteva essere suggerito da nessun interesse […]. Accettatelo quel *non ricordo* e con gratitudine»[42].

Al di là, comunque, delle schermaglie in punta di fioretto, Fulci – per quel giudizio che recava con sé gli strascichi di una ventennale contesa approdata ripetutamente in Cassazione[43], oltre che ai clamori della carta

infecondo. Io affermo, invece, che questa è *tolleranza scientifica*» (L. Fulci, *I cardini del nuovo progetto di Codice penale. Lezioni dettate nella R. Università di Messina*, Messina 1924, p. 8).

[39] L. Fulci, *L'evoluzione nel diritto penale*, cit., p. 92.

[40] L. Fulci, *I cardini del nuovo progetto di Codice penale*, cit., p. 97.

[41] Nell'introduzione del 1927 alla ristampa del suo *L'intenzione nei singoli reati*, Messina 1885.

[42] L. Fulci, *In difesa della Marchesa di Cassibile*, cit., *passim*.

[43] Cfr. A. Legnani Annichini, *La truffa* in re illicita. *Un dibattito giuridico nell'Italia liberale*, in «Archivio Giuridico Filippo Serafini», CCXXXVII (2017), fasc. 3-4, pp. 593-594.

stampata[44] – invoca un dibattimento tecnico, sfrondato da suggestioni e richiami al «soccorso degli elementi della natura»[45]: «lasciamo le esagerazioni e ragioniamo piuttosto […]. Qui non siamo venuti a far gli oratori da comizio […]. Qui facciamo la causa e dobbiamo restare avvocati»[46]. E ancora: «[siamo] avvocati onorati» e non «*pseudo-avvocati* dei nuovi tempi» – tuona il messinese, riferendosi a qualcuno tra quelli che in precedenza avevano assistito la Marchesa di Cassibile –, i quali fanno «gli intermediarii tra le coscienze che vendono e quelle che comprano», né «avvocati *sensali* ed avvocati *confidenti*», che «gettano la toga nel fango» e «prostituiscono il loro ufficio» violando il segreto professionale[47].

Da ultimo, e per concludere l'affresco sul magistero professionale del Nostro, non va taciuto il suo costante e incisivo impegno anche nei ruoli all'interno delle istituzioni forensi: fu componente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Messina, e qui rimase iscritto fino alla sua morte, senza mai cedere alle lusinghe di fori ben più blasonati – quello romano fra tutti, città in cui dimorava per lunghi periodi nell'abitazione di famiglia in via del Corso –, dove egli coltivò pure grandi interessi.

Come consigliere dell'Ordine condusse dure battaglie contro ripetute «irregolarità commesse da alcuni magistrati messinesi»[48].

Una di queste polarizzò l'attenzione delle cronache peloritane e giunse persino in parlamento. Mi riferisco al punto inserito all'ordine del giorno della seduta pomeridiana della Camera del 5 marzo 1900, così riassumibile brevemente: nel gennaio dello stesso anno, il cenacolo di togati dello Stretto discusse e approvò una delibera – stesa personalmente da Fulci e dallo stesso firmata in qualità di segretario – in cui si circostanziavano accuse di negligenza e violazioni di legge contro taluni giudici. Avviata la relativa inchiesta interna, per ben tre magistrati fu disposto il trasferimento.

Venuto a conoscenza di tale procedimento, l'allora guardasigilli Adeodato Bonasi espresse in aula qualche riserva: «Quanto alla Corte d'appello di Messina, in seguito ad un ordine del giorno deliberato dal collegio degli avvocati, e redatto in forma forse troppo vivace, si procedette ad una rigorosissima inchiesta. Risultò solamente che relativamente ad

[44] *L'arresto della Marchesa di Cassibile a Messina* titola *La Tribuna Illustrata*, 9 febbraio 1902, Roma, p. 69. Si veda anche D. De Pasquale, *I marchesi di Cassibile. Mille anni di storia della casata Loffredo-Pulejo-Gutkowski*, Barcellona Pozzo di Gotto 2018, pp. 97 ss.

[45] L. Fulci, *In difesa della Marchesa di Cassibile*, cit., p. 244.

[46] Ivi, p. 245.

[47] Ivi, p. 254.

[48] Cfr. AOAM, fasc. *Fulci Ludovico.*

alcuni magistrati correvano dicerie per ragione dei loro rapporti di famiglia. A togliere qualsiasi argomento di sospetto furono, su proposta dei loro capi, trasferiti ad altre sedi»[49]. Fulci, però, sentì il bisogno di ribattere al Ministro, professandosi insoddisfatto dalle sue dichiarazioni, incapaci di cogliere il senso profondo del disappunto palesato: «L'onorevole ministro di grazia e giustizia, rispondendo all'interpellanza dell'onorevole De Felice, ha qualificato un ordine del giorno, votato dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Messina, come poco rispettoso verso la magistratura. Mi consenta l'onorevole ministro che io prenda la parola […]». Al cospetto di un'aula gremita, il messinese difese energicamente l'operato consiliare: «Parecchi magistrati furono puniti; quindi, noi avevamo ragione di protestare e di reclamare». Anzi, tenne a ribadire con parole ferme le ragioni della locale avvocatura contro – testualmente – «fatti speciali, fatti gravi e scandali enormi» di cui si erano macchiati quei giudici. L'organo forense – per il Nostro – doveva garantire «ossequio» e «rispetto» nei confronti del potere giudiziario, «vero Palladio delle istituzioni libere»[50] – facendo propria una comune metafora che anche Zanardelli aveva adoperato in un suo precedente discorso[51] –, ma senza mai piegarsi dinnanzi al malcostume di singoli magistrati, anche a costo di affrontare con coraggio il governo.

Non desta stupore, quindi, che il ceto forense messinese avesse come un vanto la presenza del deputato-senatore radicale tra le proprie fila. Un sentimento diffuso che rese possibile, eccezionalmente[52], l'allestimento per la sua scomparsa di una camera ardente nella biblioteca dell'Ordine degli Avvocati e la realizzazione di un corteo funebre, che partì proprio dal Palazzo di giustizia: dalle ore 20 del 29 giugno 1934 alle 16 del giorno successivo, ben ventitré avvocati – a rotazione – montarono come guardia d'onore alla salma. L'avvocatura volle, insomma, tributargli un saluto solenne e partecipato, con la sospensione addirittura di tutte le udienze d'appello[53].

[49] In *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n. 50 - 1 marzo 1900, p. 896.

[50] Queste citazioni sono tratte, tutte, dall'intervento in aula di Fulci, che si legge nella raccolta di *Atti parlamentari – Camera dei deputati*, Legislatura XX – III Sessione – Discussioni – Tornata del 5 marzo 1900, (p. 2274), ora consultabile on line direttamente sul sito della Camera: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://storia.camera.it/regno/lavori/leg20/sed396.pdf

[51] In *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n. 49 – 1 marzo 1899, p. 1999.

[52] Specie se si considera il periodo storico-politico, che vide Fulci assumere posizioni poco gradite al fascismo.

[53] Cfr. AOAM, fasc. *Fulci Ludovico*, ove sono conservati gli «ordini di servizio e di

4. «Dire la verità»*: per una conclusione aperta*

«Dire la verità su Hobbes – scrive Pietro Costa – non è dire la verità su un evento. È comprendere un testo scommettendo sulla possibilità di superare l'obiezione decostruzionista: scommettendo, cioè, sulla possibilità di cogliere la peculiarità del suo messaggio, di restituirlo in qualche misura al mondo, alla cultura, cui essa apparteneva. E restituire un testo al suo mondo, e al contempo tradurlo nel nostro linguaggio, renderlo comprensibile significativo per noi, è un'impresa troppo complessa e articolata per poter essere esaurita da *una* interpretazione»[54].

Si tratta, allora, di una sfida persa in partenza? No, non credo sia questo il senso di una così acuta osservazione. Anzi, al contrario, è forse più un invito a giocare la partita, ma accettandone dapprincipio i molteplici esiti, che non necessariamente si escludono a vicenda. Ecco che tornare su una biografia intellettuale su cui si è già appuntata la storiografia può non essere un'operazione vana. E può non esserlo anche quando, come nel caso di cui ci siamo occupati, è stato necessario fare i conti, da una parte, con stime agiografiche del tipo «Maestro del giure penale», «battagliero e valentissimo avvocato», «oratore alla maniera di Eschine» e, dall'altra, con apprezzati saggi scientifici che hanno però prediletto singoli aspetti di una più ampia e sfaccettata esistenza. Tali ultimi lavori, qui esplicitamente o meno citati, sono comunque risultati di sicuro ausilio al conseguimento dell'obiettivo che mi sono prefissato: abbozzare un profilo professionale di Ludovico Fulci, facendo della sua ricca attività nelle aule giudiziarie e in quelle parlamentari una sorta di specchio mobile attraverso cui apprezzare protagonisti e antagonisti del proscenio giuridico della seconda metà dell'Ottocento e del trentennio immediatamente successivo al volgere del secolo.

Se il traguardo è stato infine raggiunto non spetta a me dirlo. Di certo, sono davvero ampi i margini per futuri approfondimenti.

---

adunata» con cui vennero «comandati» i «camerati […] per montare la doverosa guardia alla salma», nonché una prima nota indirizzata al Commissario del Comune per informarlo del «corteo funebre» e una seconda nota rivolta alla Direttore del quotidiano *La Gazzetta* per rappresentargli che nella «Corte di Appello in segno di lutto per la scomparsa del Senatore Prof. Fulci sono state sospese le udienze dopo la rievocazione che dell'estinto è stata fatta dal Segretario del Sindacato, dal Rappresentante del Procuratore Generale e dei Presidenti delle due sezioni».

[54] P. Costa, *'Dire la verità': una missione impossibile per la storiografia?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLIX (2020), p. 30.

Gianluca Russo[*]

Eccezione per eccezioni
I giuristi e la pena di morte nell'Italia dell'emergenza
(1967-1982)[**]

Sommario: 1. *La decapitazione dei capi* (c'era una volta l'intellettuale in Italia) – 2. «Viva la muerte» (1967-1979) – 3. «I nostalgici dell'ottusa giustizia di guerra» (1980-1982) – 4. Mutilare le propaggini: anche «Moro non escludeva la pena capitale».

Tanto consideravano greve la vita del pecoraio,
le notti passate a guardia delle mandrie, che gli
largivano le lucciole come reliquia o memoria
di luce nella paurosa oscurità
(Leonardo Sciascia, *L'Affaire Moro*)

1. La decapitazione dei capi *(c'era una volta l'intellettuale in Italia).*

Nell'agosto 1969, alla vigilia dell'autunno caldo in Italia, Italo Calvino licenziava per «il Caffè» di Giambattista Vicari i primi quattro capitoli di un romanzo progettato l'anno prima durante le concitate giornate del maggio francese, fra l'euforia e le attese di una generazione in rivolta. Con *La decapitazione dei capi*, questo il titolo paronomastico del libro, lo scrittore immaginava infatti «un nuovo modello di società». Sceglieva, cioè, la forma dell'utopia rivoluzionaria per tratteggiare «un sistema politico» costruito sopra un ordine rituale, con la ciclica uccisione di tutta la sua classe dirigente. Il primo abbozzo di capitolo aveva lo sguardo incredulo del viaggiatore sopraggiunto in una città straniera dove fervevano i preparativi di una festa. Palchi eretti a ogni crocicchio documentavano lo sforzo collettivo, in un'impenetrabile calma emotiva scandita monotona dall'andirivieni di manovali e carpentieri che, fra boccali di birra e chiacchiere al bar, lasciavano cadere scuri, ceppi, cesti. Con quel macabro e ordinario corredo, piegato a un divertito *calembour*, fra «grevi ghigliottine» e «specie di banchi da macellaio», anche quell'anno gli abitanti si preparavano a celebrare

[*] Università della Tuscia.

[**] Si pubblica qui il testo parzialmente modificato di un saggio apparso col titolo *Eccezioni per eccezioni. Il dibattito sulla pena di morte: 1967-1982. Materiali per uno studio sui giuristi nell'Italia dell'emergenza)*, in «Historia et ius», 26 (2024), paper 13.

la consueta festa in cui i loro capi, perdendo ciascuno materialmente il capo dal collo, cessavano di essere tali. Non si poteva pretendere di essere capi, spiegava un personaggio occhialuto al visitatore stranito, «senza volere insieme il taglio della scure». In fondo, il capo comandava fin tanto che restava attaccato al collo, nella ovvia identificazione fra vocazione al comando e rassegnazione alla decapitazione. Questo, nella sua cruda essenza, era il potere: l'attimo fatale stretto fra il sibilo della lama e il taglio netto vibrato in aria, nel lungo applauso circolare che salutava la testa spiccata rotolare sull'incerata del palco. Con gli zampilli di sangue, la visione partecipata del feroce spettacolo stillava anche gocce di tranquilla armonia. Imprimeva segni terrificanti di pace il potente mezzo televisivo, al centro del secondo brano proposto. Riuniti isolati nelle case davanti ai teleschermi, come alla vista dei corpi celesti nel loro ciclico moto, milioni di spettatori traevano dalle riprese a obiettivo ravvicinato, fra mascelle spalancate, carotidi riverse, mani contratte e petti squarciati al luccichio delle decorazioni, un che di rassicurante. Le morti in segreto degli uomini pubblici appartenevano alla barbarie dei tempi antichi. La democrazia, quella vera, era cominciata nel giorno in cui le telecamere avevano preso a fissare «l'agonia» della classe dirigente. A tempi invertiti, in un crescendo rovescio carnevalesco, gli ultimi due capitoli abbozzati, di ambientazione russa, facevano compiere alla storia un improvviso balzo indietro: un'utopia al passato, dove i dirigenti di un movimento rivoluzionario nichilista e terrorista sperimentavano su di sé «la potatura dei capi». Si mutilavano, cioè, parti di corpo prefigurando la futura decapitazione quale naturale esito dell'ascesa al potere, in un festoso carosello di «maschere piumate» a coprire «le scarnificazioni» meno tollerabili alla vista e scalpi esibiti su picche come fossero cimeli. Così propiziate, le speranze riposte in loro difficilmente sarebbero andate frustrate. In quei brandelli di carne s'era incarnato il potere, «se un potere avrà ancora da esistere»[1].

Gli incipit appena delineati, però, non si sarebbero spinti oltre la solenne passerella dei capi potati e scarnificati. In un «eccesso visionario», quei brevi ma precisi dettagli, sospesi fra il macabro e il grottesco dovevano aver costretto Calvino in un vicolo narrativo cieco, distogliendolo dalla frenesia iniziale di svilupparvi intorno una storia. Del resto, se il reale obiettivo era quello di dare al pubblico un saggio di antropologia politica sulle società passate e future, la provvisoria anticipazione per i lettori della rivista poteva

[1] I. Calvino, *La decapitazione dei capi*, in «Il Caffè», XVI, 4 (1969) pp. 3-14, ora in Id., *Romanzi e racconti*, a cura di M. Barenghi e B. Falcetto, Milano 1994, vol. III.

bastare[2]. Convertire quel che restava a tutti gli effetti un *pamphlet* in qualcos'altro di letterariamente più solido avrebbe infatti esposto lo scrittore a una dura, quanto precoce, prova autocritica. Fra le teste mozzate rimbalzate nei cesti e i primi piani televisivi dei capi decapitati, fino all'automutilazione dei rivoluzionari russi, Calvino traduceva in poche parole taglienti la più cupa delle premonizioni, cogliendo, come in un «sogno agitato»[3], l'orrido esito sacrificale della rivolta giovanile studentesca e operaia nel suo paradigma italiano, dalla strategia della tensione alla lotta armata. Prim'ancora di cominciare, *La decapitazione dei capi* finiva là dove iniziavano *Le città invisibili* apparse nel 1972 per confessare tutto il malinconico smarrimento subentrato alle speranze accese, ma subito sfumate, nei «giorni bellissimi della Sorbona occupata»[4] e mettere, così, una *pietra sopra*, un frammento di roccia leggero e sospeso in aria[5], sulla pesante gravità ideologica di quegli anni, nel turbinio di drammatici avvenimenti politici e sociali.

Eppure, il tema del sacrifico, lungi dal venire abbandonato, restava a sua volta galleggiante fino a diventare la lente inconscia e privilegiata con cui, dalle colonne del «Corriere della Sera», Calvino si accostava ai tragici fatti che, fra il 1974 e il 1979, videro la fragile democrazia italiana sospesa su un nuovo micidiale filo di tensione. Direttamente evocata attraverso *Il Ramo d'oro* di Frazer, la prassi di uccidere a intervalli regolari i detentori del potere faceva capolino, il 10 agosto 1974, nel commento sullo scandalo Watergate. Smentendo il modello biologico di potere descritto dall'antropologo britannico[6], il presidente Nixon veniva scartato e sostituito come un pezzo di ricambio qualsiasi. Compromesso, il governante statunitense era inservibile ormai a garantire «il funzionamento del grande impianto» che, al contrario, doveva scorrere silente «senza rischi e sibili», facili a lasciar posare sguardi indiscreti su intrichi e segreti. Il «perpetuo funzionamento del meccanismo globale» s'imponeva sulle singole componenti. Pezzi mec-

[2] Cfr. M. Barenghi, *Calvino e i sacrifici umani*, in Id., *Italo Calvino, le linee e i margini*, Bologna 2007, p. 239.

[3] M. Martelli, *Il sonno agitato. La festa dei capi e l'antropologia politica di Italo Calvino*, in «Studi Urbinati, Scienze umane e sociali», 79 (2009), pp. 309-317.

[4] Così Calvino scriveva a Michele Rago in una lettera spedita da Parigi nel luglio 1968, ora raccolta in I. Calvino, *Lettere 1940-1985*, a cura di L. Baranelli, Milano 2000.

[5] La *leggerezza*, chiave di lettura del libro, veniva indicata al lettore fin dall'immagine scelta per la copertina, *Il castello dei Pirenei* di Magritte, dove una rocca si ergeva sulla cima di un gigantesco costone verdeazzurro fluttuante nel cielo sopra le increspature del mare.

[6] Nelle società arcaiche, il sovrano, depositario di un potere sacro simile alla forza della vegetazione, veniva ritualmente ucciso a simboleggiare il ciclo naturale e perpetuo di vita, morte e resurrezione.

canici destinati a ripetersi in geometrie anonime e astratte fino al limite ultimo del loro sacrificio. Non più corpi e volti in carne e ossa, ma maschere funerarie messe a coprire un misterioso «centro pneumatico»[7]. Anche la trentennale macchina politica italiana girava ormai intorno a quel «vuoto» che, in toni diversi ma speculari al discorso calviniano, il 1° febbraio 1975 Pier Paolo Pasolini denunciava, sempre sul «Corriere», nel celebre articolo *corsaro* delle lucciole. Le recenti stragi di Brescia e dell'Italicus, benché rispondenti alla reiterata logica anticomunista, segnavano nella diversa congiuntura internazionale un corso inedito del disegno destabilizzante[8]: catalizzatori di caos sfruttati dalle «teste di legno», anzi, «funereamente carnevalesche» dei dirigenti democristiani per restare saldi al potere, malgrado il vuoto. Nell'impietoso *je accuse* pasoliniano, solo Moro appariva come il «meno implicato di tutti nelle cose orribili» organizzate fin dalla strage di piazza Fontana «nel tentativo, finora finalmente riuscito, di conservare comunque il potere»[9].

E proprio nel prendere posizione sull'assassinio del presidente democristiano, Calvino lasciava infine trapelare le ragioni sfuggenti sottese all'abbandono del suo abbozzato romanzo. Rompendo un silenzio durato tutti i cinquantacinque giorni del sequestro, lo scrittore non si accodava alle impressioni registrate in maggioranza dai commentatori. Se per molti, infatti, Moro era senza dubbio una vittima sacrificale, un capo decapitato, Calvino coglieva nelle lettere della prigionia l'epilogo naturale, inevitabile, non di un uomo qualunque, ma di un uomo di partito[10]. Gli «addii alla famiglia gli ha fatti nel momento in cui ha scelto quella carriera», spiegava recensendo per «l'Ora» l'*Affaire Moro* di Leonardo Sciascia che, dallo stesso epistolario, ricavava, invece, dello statista brutalmente ucciso una visione creaturale e umana. Per un uomo politico, la morte pubblica era «un rischio calcolato», di contro a quella di Carlo Casalegno. L'assassinio di un giornalista che agiva solo con la parola scritta doveva apparire «dieci volte più grave». L'eliminazione del primo rinnovava, del resto, quella «tradizione antichissima» che accomunava la morte all'esercizio del potere, mentre nulla lasciava presagire uno scollamento da quella tradizione nel futuro

[7] I. Calvino, *Il potente intercambiabile*, in «Corriere della Sera», 10 agosto 1974. Tutti gli articoli sono ora editi in Id., *Saggi 1945-1985*, a cura di M. Barenghi, Milano 1995.

[8] Come già aveva indicato ipotizzando una strategia della tensione in due fasi nell'articolo *Cos'è questo golpe? Io so* pubblicato dal «Corriere della Sera» il 14 novembre 1974.

[9] P.P. Pasolini, *Il vuoto del potere in Italia*, in «Corriere della Sera», 1° febbraio 1975.

[10] I. Calvino, *Le cose mai uscite da quella prigione*, in «Corriere della Sera», 18 maggio 1978.

prossimo[11]. Lo schema esplorato nella *festa dei capi* si riaffacciava appena il tempo di venire liquidato nella conclusione dell'articolo per il quotidiano milanese. Alla domanda, se dalla morte di Moro potesse scaturire un qualche effetto positivo, Calvino rispondeva con una sonora negazione. Il tornante storico della *decapitazione dei capi* scoloriva fra le curve di una vicenda tanto opaca, quanto chiara nel rovesciare l'intima e ancestrale logica del sacrificio per cui solo dal male poteva nascere il bene[12]. Negli stessi angosciosi frangenti, benché da tutt'altra prospettiva, Pietro Nuvolone pubblicava per «L'indice penale» un intenso necrologio. Con Moro moriva non solo l'uomo politico eccellente, ma anche un giurista di spessore. Moriva un'intera generazione di valenti penalisti: una «schiera eletta» che un tempo di dittatura, di guerra, di morte, aveva sorpreso all'avvio del loro magistero scientifico. Gli ideali e gli entusiasmi della giovinezza ne venivano sconvolti, ma non la vocazione a progettare «un mondo migliore» rischiarato «da quei principi di libertà» e «di sacertà della vita» che levigavano il volto autentico del diritto penale. Da lì l'impegno del giurista Moro «nell'arengo politico», a cominciare dal contributo a definire la Costituzione italiana quale «nobilissimo documento di civiltà giuridica» nei suoi rinnovati contenuti penalistici. Coerente con la personalità della responsabilità penale e la funzione rieducativa della punizione, il divieto della pena di morte, «al di fuori della legislazione di guerra», ne era la cifra fondante. Era inaccettabile che una vita intensa, spesa fra impegni di partito e attività didattica a contemperare i diritti dei singoli con quelli della comunità, si spezzasse vittima di «un diverso e aberrante modo di concepire il diritto di punire». Solo, «nell'oscurità di un carcere», imputato non secondo le leggi ma nel compimento di «un atto di guerra», Moro aveva subìto «un processo tipicamente politico», senza difesa né contraddittorio né testimoni, con giudici nient'affatto imparziali, «anzi autoproclamatisi nemici suoi e dello Stato». Una sentenza di morte veniva eseguita proprio là dove, dopo la dittatura e la guerra con le sue rappresaglie, i padri costituenti avevano espunto dal codice la pena di morte: «un'atroce beffa del destino», appena temperata dalla speranza che, «dal Suo *sacrificio*» sopraggiungesse presto lo sprone «per creare un'Italia diversa»[13]. Autori

[11] Id., *Moro ovvero una tragedia del potere*, in «l'Ora», 4 novembre 1978.

[12] Cfr. M. Belpoliti, *Settanta*, Torino 2010 (nuova edizione), in part. pp. 101-127.

[13] P. Nuvolone, *Aldo Moro, Necrologio*, in «L'indice penale», 12 (1978), pp. 349-350. Su di lui, cfr. S. Vinciguerra, *Nuvolone, Pietro*, in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, d'ora in poi DBGI, Bologna 2013, vol. II, pp. 1446-1447.

lontani e inaccostabili, Calvino e Nuvolone mostravano però, malgrado la opposta lettura sacrificale del delitto Moro, un filo biografico sottile che quella stessa tragedia rendeva incredibilmente comune. In quel denso decennio culminato proprio con l'assassinio dello statista democristiano finiva, in anticipo di vent'anni e sulla frequenza di un'eco lunga fino al 1989, la letteratura del Novecento. Viveva, cioè, gli ultimi acuti crepitii di luce tutta una generazione di scrittori, quella nata negli anni Venti, la stessa di Calvino, Pasolini o Sciascia, che avevano intrecciato un nodo forte, attivo, militante, fra narrativa e politica, fra scrittura e progetto di una società più giusta[14]. Da parte sua, da penalista, benché distante per orientamento e ragioni anagrafiche, Nuvolone anticipava assieme a Giuseppe Bettiol[15], quel cenacolo di giovani giuristi che, attraverso i manifesti degli anni Settanta, coltivavano a loro volta «l'idea di una società nuova e diversa»[16] sollevata dalle disuguaglianze di classe con la definizione di una mediazione giuridica altra, *alternativa*. Il marxista scopriva le pandette seminando il panico fra i giuristi tecnici. Tanti esimi «sacerdoti del Giure» che, come oracoli, vaticinavano «il caos imminente» lamentando «un sacrilego attacco alla giustizia», fino a stracciarsi le vesti alla sola vista delle «terribili offese» pendenti, come spada di Damocle, sulla «certezza del diritto». Anche per loro era giunto il tempo, colpevolmente rallentato, di aprire occhi troppo a lungo chiusi, di imparare che «alla lotta politica» non si sfuggiva «con gli esorcismi» o «con la clausura conventuale», che «nella tecnica apparentemente imparziale», soprattutto, non riposava «alcuna garanzia sostanziale»[17]. Su questo, la rinnovata *penalistica civile* iniziava

[14] M. Belpoliti, *Settanta*, cit., p. XIV.

[15] Anche lui portato, in ragione di fede, a leggere la morte di Moro in chiave sacrificale, anzi martirologica. «Perché il Suo è stato un vero e proprio *martirio* voluto da un gruppo di terroristi distruttori di quell'ordine morale politico e giuridico che Lui considerava determinante per una evoluzione ordinata del vivere sociale». Così G. Bettiol, *Ricordo di Aldo Moro*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 21 (1978), pp. 729-730, in part. p. 729. Su di lui, cfr. G. Marinucci, *Bettiol, Giuseppe*, in DBGI, vol. I, pp. 246-248.

[16] P. Costa, *Nota a L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni Settanta*, in «Democrazia e diritto», 1-2 (2010), pp. 279-282, in part. p. 279.

[17] R. Ajello, *Il marxista scopre le pandette*, in «l'Espresso colore», 2 luglio 1972. Così, con il curioso ma rivelatore pseudonimo di Andrea Alciato, lo storico del diritto napoletano commentava il convegno svoltosi dal 15 al 17 maggio di quell'anno a Catania, dove insegnava, su *Significato e limiti dell'uso alternativo del diritto*. Restano fondamentali per comprendere tale temperie gli atti, poi confluiti in: P. Barcellona (cur.), *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari 1973, I. *Scienza giuridica e analisi marxista*, II. *Ortodossia giuridica e pratica politica*.

proprio allora a fare scuola. Ma, precorrendola di qualche decennio[18], già Nuvolone e Bettiol avevano stigmatizzato più di tutto il «quietismo»[19] stagnante di un tecnicismo giuridico che, dopo i fasti del Ventennio, continuava a tenere banco, difeso dai molti impegnati a ritardare il raccordo obbligato fra Costituzione e leggi penali. Un vento eretico aveva preso a soffiare su quell'indirizzo turbandone dogmi inconfutabili, schiacciati sulla supposta neutralità del diritto, sulla apoliticità dello Stato, sulla scientificità e avalutatività di dottrina e giurisprudenza[20]. L'eresia non aveva risparmiato neppure Moro, infaticabile nella ricerca di una relazione fra penale ed etica[21]. Nuvolone, invece, aveva testimoniato la sua precoce insofferenza scegliendo di affrontare, e in più di una occasione, quel tema della pena capitale che, dopo la scelta abolizionista in Costituente, la penalistica tecnica non aveva avuto difficoltà a confinare nella sfera limbica della storia e della politica: discipline ausiliarie incomunicabili con la pura dogmatica giuridica e il suo fermo primato sulle scienze sociali. I piani tornavano a intersecarsi. Il giurista degli anni Sessanta, specie se giudice, si occupava necessariamente di politica: non delle scelte politiche contingenti, lasciate ai partiti, ma, come affermato dall'Associazione nazionale magistrati nel suo congresso a Gardone del 1965, «in termini di tutela dell'indirizzo politico-costituzionale»[22], adeguando la mossa realtà esistente alla Carta. Col biennio 1968-1969, però, quella stessa realtà s'era fatta magmatica e ribollente provocando fra i giuristi *novatori* un senso di spaesamento non molto lontano dallo smarrimento calato su molti scrittori. Come per Pasolini la data del 1968 segnava uno spartiacque nella società italiana del dopoguerra[23], anche l'*alternativa* del diritto si divideva al bivio. Quanti con

[18] R. Orlandi, *La giustizia penale*, in *Il pensiero giuridico italiano*, Roma 2016, pp. 455-464, in part. p. 459.

[19] L. Lacchè, *«Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». Gli anni della "costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*, in L. Garlati (cur.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano 2010, p. 299.

[20] L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari 1999, p. 63.

[21] L. Violante, *Aldo Moro penalista, l'eretico*, in «Democrazia e diritto», 1-2 (2011), pp. 341-350, in part. p. 342.

[22] Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti del XII congresso nazionale Brescia, Gardone*, 1965, Roma 1966, p. 309.

[23] Prova ne era la discussa poesia *Il PCI ai giovani!!* apparsa prima su «l'Espresso» e poi ripubblicata su «Nuovi Argomenti» con note e autocommento.

ottimismo avevano creduto fin lì nel mutamento sociale come viatico al superamento della conflittualità, quasi subodorando la deriva prossima delle agitazioni in corso, arretravano sul terreno della rincorsa alla politicità del ruolo del giurista-interprete. Naturalmente teso a mediare e pacificare, il diritto non poteva più contare sull'alleanza con la politica, sopraffatta dal conflitto e da dinamiche di particolarismo compromissorio. Altri, i più irrequieti dei *novatori*, erano tutto fuorché delusi dalla contestazione, viceversa salutata come sbocco «innovativo» del percorso intrapreso agganciando alla lotta contro il formalismo giuridico e la frattura fra diritto e politica l'istanza, affiorata col movimento studentesco, di una democrazia costruita dal basso. Le posizioni si esasperavano e radicalizzavano. Scompigliando i giuristi pratici alle prese con la scissione di Magistratura democratica, un «gioco incrociato» avrebbe poi scelto, quale osservatorio privilegiato, riviste specialistiche d'avanguardia nate fra le diverse anime della sinistra giuridica in quella vivace congiuntura[24]: da «Democrazia e diritto» a «Critica del diritto», passando per «Quale giustizia» e per «La questione criminale» di Franco Bricola e Alessandro Baratta cui Nuvolone, da «L'indice penale», pur cogliendone la «linea fortemente polemica, di stretta ortodossia marxista», formulava «ogni migliore augurio»[25] nell'aggiungere al progresso degli studi penalistici un granello in più di verità. Dall'euforia del '68 si scivolava così, sull'eco del boato in piazza Fontana, al decennio critico dell'Italia repubblicana, la sua notte più lunga dentro il secolo breve, che, fra riforme e controriforme, fra regola ed eccezione, quelle stesse riviste avrebbero raccontato interrogandosi sulla compatibilità costituzionale della legislazione penale speciale nel contrasto alla lotta armata. Eppure, proprio allora, mentre combatteva difficili battaglie di razionalità giuridica, al pari del suo omologo scrittore, imboccava lento la china anche il giurista *alternativo*. Spronato da una diffusa attenzione del pubblico sui temi della giustizia, egli aveva riscoperto un ruolo intellettuale, coniugando il mestiere di cattedra o di foro con una schietta e genuina vocazione civile, alternando alla presenza su quelle riviste scientifiche reiterati interventi sulla stampa quotidiana e periodica, in dialogo e in ascolto con la gente comune[26]. Il dibattito sulla pena di morte,

[24] P. Costa, *L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni Settanta*, in «Democrazia e diritto», 1-2 (2010), pp. 242-278, in part. pp. 252-257. Il saggio era già apparso sulla stessa rivista nel 1987.

[25] P. Nuvolone, *Una nuova rivista*, in «L'indice penale», 9 (1975), p. 451.

[26] Salvo Norberto Bobbio, colto però soprattutto come studioso del pensiero politico, i giuristi non vengono generalmente annoverati fra gli intellettuali attivi nel decennio in

toccando l'apice nel cuore degli anni Ottanta, ha rappresentato un po' l'ultimo banco di prova per il giurista militante: l'ultima partecipata e corale occasione in cui il discorso ragionato e pedagogico sul diritto e sulla giustizia, lasciate finalmente le accademie, occupava costante le pagine dei quotidiani. Plastica dimostrazione dello sprezzo per il formalismo e gli aborriti tecnicismi, è proprio ai loro *pezzi* giornalistici che si farà, qui di seguito, preferenziale riferimento, immaginando di stilare un'appendice per un lavoro recente già svolto dove, di contro, si era privilegiata l'azione culturale delle riviste[27]. Il risultato atteso vorrebbe essere tratteggiare a grandi linee quel capitolo *mancato* della legislazione d'emergenza che, nel 1981, era lì per trovare un demagogico scrittore nel Msi e nella sua petizione d'iniziativa popolare tesa a introdurre la pena capitale per i reati commessi dai terroristi. Mentre da più parti montava la polemica sulla linea deviante delle leggi speciali, il partito della destra nazionale di Giorgio Almirante, rivendicando la ferma aderenza alle norme vigenti, s'era messo da qualche tempo a scavare nelle contraddizioni della storia recente, fino a inciampare in un vizio d'origine che neanche la Costituzione era riuscita a emendare.

2. *«Viva la muerte» (1967-1979)*

Nel 1967 si svolgeva in Portogallo un importante convegno internazionale nel centenario dell'abolizione della pena di morte. Fatto unico in Europa, la legge portoghese, da allora, non era mai stata abrogata. Presente fra i relatori per una disamina sull'oggi, Nuvolone doveva suo malgrado rievocare tutt'altra storia. Il che suonava come un beffardo paradosso per la terra di Beccaria. Infatti, benché riflesso di un sentito *primato patrio*, in Italia la soppressione della pena capitale conviveva da sempre col suo doppio rovesciato, fra clamorosi ripristini e successive espunzioni comunque puntellate da ipotesi residuali di applicazione. La vicenda abolizionista, insomma, vibrava anch'essa sospesa sul filo di quella

questione. Si veda, di recente, E. Taviani e G. Vacca (curr.), *Gli intellettuali nella crisi della Repubblica (1968-1980)* Roma 2016, in part. il saggio di R. Gualtieri, *Il caso Moro, gli intellettuali e la crisi della Repubblica: Norberto Bobbio, Rosario Romeo e Augusto Del Noce*.

[27] Sia consentito rinviare a G. Russo, *Tra riforma e controriforma. I giuristi e la legislazione penale dell'emergenza (1974-1984)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», LIII (2024), pp. 267-317. Il presente saggio va letto in diretto rapporto con questo, come a formarne un paragrafo aggiunto in corso d'opera.

tensione così longeva nel sistema penale italiano da marcarne un tratto permanente. Un tratto non univoco e netto, ma scisso in un inquietante equilibrio fra il piano regolare delle garanzie e delle libertà e il piano opposto, eccezionale, delle reiterate emergenze[28].

Non aveva fatto eccezione il primo codice unitario del 1889 che, mentre eliminava la pena suprema, la manteneva in vita nelle colonie del Regno[29]. Né era stato da meno, anni dopo, il governo provvisorio che, a liberazione avviata, mentre apostrofava la scelta ripristinatoria di regime come una grave eccezione rispetto al sentimento generale, col decreto luogotenenziale di abolizione 10 agosto 1944 n. 224 conservava la pena di morte per i delitti previsti dai codici militari. Intanto, registrando una «nuovelle hiérarchie de valeurs politiques», un altro provvedimento, il dll. 27 luglio 1944 n. 159, puniva nella stessa maniera estrema «les crimes les plus graves qualifiés comme "fascistes" ou de "collaborationnisme"»[30]. Pochi mesi e, accantonata nella ordinarietà delle situazioni, la massima pena sopravviveva nell'altra speculare metà straordinaria, ancora minacciata nel 1945 per i casi di furto violento e rapina a mano armata, legati «à la terrible vague de délinquance»[31] quale terribile lascito della guerra da poco conclusa. In fondo, come qualcuno ebbe a dire in quei giorni mossi, il fatto che «normalmente» nessun reato contemplato dal Codice penale ammettesse la pena capitale, non per questo la suprema sanzione doveva essere «assolutamente ignorata», solo circoscritta «alle indicate circostanze eccezionali»[32].

Lo «stato penale eccezionale» che Gaetano Foschini evocava, come uno spettro bifronte, avrebbe aleggiato ipotecando tutto il dibattito alla Costituente dove la posizione abolizionista era giunta non scevra della originaria e ambigua tensione. Sacche residue di guerra civile e sensazionali delitti individuali (i casi Cianciulli e Fort) avevano inevitabilmente complicato la scelta: escludere la massima pena senza se e senza ma,

[28] Cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, pp. 591-670.

[29] Cfr. L. Martone, *Diritto d'oltremare. Legge e ordine per le colonie del Regno d'Italia*, Milano 2002.

[30] P. Nuvolone, *Le probleme de la peine de mort en Italie*, in *Pena de morte, Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte en Portugal*, Coimbra 1967, I, Comunicaçõe, pp. 189-197, in part. p. 193. Al tema, l'Autore aveva già dedicato anni fa un suo contributo dal titolo, *Il collaborazionismo punibile*, in «Critica penale», 1(1946), II, pp. 69-84.

[31] Id., *Le probleme de la peine de mort en Italie*, cit., p. 193.

[32] Così G. Foschini, *La pena di morte*, in «Archivio penale», 1 (1945), parte I, pp. 284-287.

oppure mantenerla con le dovute eccezioni, per il «bisogno di popolo»[33] evocato da Giovanni Leone, ovvero in previsione di altre «guerre giuste» che si sarebbero dovute combattere. Per Palmiro Togliatti, infatti, ferma la soppressione, un dato era chiaro: «in caso di guerra è necessario che la pena di morte sia prevista»[34]. Se altri, come Nobile e Terracini, la avrebbero «eccezionalmente» conservata anche per i reati comuni «nei casi di omicidi efferati» incitanti alla «pubblica indignazione»[35], alla fine, fra progetti ed emendamenti vari, era prevalsa la soluzione compromissoria consegnata al dettato «chiaro e preciso»[36] dell'art. 27. 4 della Carta, escludendo la pena di morte anche nelle leggi speciali, eccetto quelle militari di guerra. L'«eccezione per casi eccezionali»[37] veniva così costituzionalizzata. Nel suo breve ma denso intervento, quasi per una forma di pudore, Nuvolone non entrava nel merito del dibattito alla Costituente[38]. Portandosi sull'attualità italiana, però, lasciava filtrare la sensazione che, delle diverse forze politiche, solo quelle liberali avversavano «idéologiquement» la pena capitale. Le altre, dai cattolici ai marxisti fino ai nazionalisti, contrarie oggi, potevano invece dichiararsi favorevoli domani secondo «les opportunités des changements politiques». Mai bacino di consensi sarebbe risultato più florido. Sondaggi alla mano, l'opinione pubblica in Italia si mostrava tutt'altro che compatta sul tema. Anzi, cedeva agilmente agli istinti emotivi più reconditi, «parfois irrationnels»[39], che specialmente gravi fatti di sangue suscitavano. Se nel 1950 la tragedia della piccola Annarella Bracci, trovata morta in un pozzo, era bastata a presentare un disegno di riforma costituzionale poi respinto[40], nell'anno del convegno portoghese, il giurista bergamasco

[33] Intervento in Assemblea costituente del 17 settembre 1946.

[34] Intervento in Assemblea costituente del 19 settembre 1946.

[35] Intervento alla Adunanza plenaria del 25 gennaio 1947.

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

[37] Intervento dello stesso Bettiol in Assemblea costituente del 25 gennaio 1947.

[38] Sul quale si rinvia, per la puntualità della sintesi ricostruttiva, a F. Colao, *La pena di morte in Italia dalla giustizia di transizione alla crisi degli anni Settanta*, in «Historia et ius», 10 (2016), pp. 1-24.

[39] P. Nuvolone, *Le probleme de la peine de mort en Italie*, cit., pp. 195-196.

[40] Lo presentava l'architetto e deputato democristiano alla Costituente Fortunato di Fausto. E ciò malgrado i sospetti di violenza usata dalle forze di polizia verso il sospettato assassino. Commentavano l'iniziativa due interventi: favorevole quello del magistrato Giuseppe Lojacono, contrario quello del medico e criminologo Antonio D'Ormea, apparsi in «La Giustizia penale», 55 (1950), parte I, pp. 146-150, 186-187.

lasciava un attimo da parte i toni accademici per cimentarsi in una prima singolare prova di confronto con la piazza riottosa. Il 25 settembre 1967, al termine di una rapina in banca, quattro banditi si davano alla fuga a bordo di un'auto per le vie di Milano. Intercettati dalla polizia, reagivano aprendo il fuoco sui passanti con quattro persone uccise e ventidue feriti fra inermi e agenti. Qualche giorno dopo, Pietro Cavallero, il capobanda, veniva arrestato insieme ai suoi complici. In tanti tornavano a chiedere la reintroduzione della pena di morte. Al centro l'anno seguente di un fortunato film di Carlo Lizzani, le azioni della banda coincidevano col varo del primo numero de «L'indice penale»: la rivista nata su iniziativa di Nuvolone e diretta, fra gli altri, con Franco Bricola. Il tema non poteva certo essere evitato. Ma, anziché proporlo nelle rodate maniere di scuola, il direttore chiedeva al collaboratore Mario Pisani di escogitare, nello spazio di una rubrica, una formula alternativa, accattivante e di maggiore impatto. Il risultato era originale e sorprendente. Sfogliando quella decina di pagine, il lettore, verosimilmente un giurista, avrebbe faticato a trovare un solo dato normativo corredato da qualche commento teorico o tecnico. A parlargli, semmai, avrebbe sorpreso le voci di Hugo e Camus, di Croce e De Maistre, di Dossi e Platone, di Papini e Kafka, inframmezzate da terrificanti resoconti sulle esecuzioni negli Stati Uniti, fra elogi del boia, elettroesecuzioni e celle ottagonali verdi.

Completavano il funambolico intarsio, quasi a voler sondare la pancia della società per meglio calibrare la futura battaglia di razionalità giuridica, stralci di articoli apparsi in quei giorni sul «Corriere della Sera». Uno in particolare, a firma di Sandro De Feo, evocava molto da vicino le atmosfere della calviniana *decapitazione*. Lo spettacolo esibito sul patibolo ben si adattava a società imbevute di «sacro e divino», abituate a raffigurarsi la morte «come un misterioso riscatto» che una generazione pagava «per il bene di quella a venire». Simili attributi, però, erano ormai irrintracciabili nelle società odierne, soppiantati da una sinistra assuefazione ai massacri indiscriminati che, beffeggiati nelle farse cinematografiche, strappavano alla morte mistero e rispettabilità. La via che da lì in avanti il giurista, riscoprendosi intellettuale, avrebbe dovuto percorrere la indicava, in un altro pezzo pubblicato dal quotidiano milanese, Dino Buzzati. Alla folla inneggiante al referendum, lo scrittore spiegava che, «per tipi come Cavallero», l'ergastolo, o comunque una lunga detenzione, fosse molto peggio della pena di morte inseguita dagli stessi banditi come «clamoroso, seppur tragico epilogo del loro romanzo». Di sicuro, la via del convincimento era tutta in salita, né sarebbe stato semplice invertire la

tendenza diffusa. Mentre «il grido di tutta Italia» invocava il supplizio per gli assassini di Milano, un vecchio operaio della Fiat stracciava la sua tessera di partigiano in segno di protesta a quanti avevano deplorato la sua iniziativa di ripristinare la pena di morte, a garanzia di «un avvenire migliore»[41]. Forse anche lui era rimasto sgomento nel vedere Cavallero sollevare, dietro un sorriso cinico, il pugno chiuso e intonare l'*Internazionale* alla lettura della sentenza che lo condannava al carcere a vita: nulla di anomalo per un personaggio che, al momento dell'arresto, confessava ventidue rapine portate a segno per combattere la società capitalista.

Certo, per il suo precorrere i tragici scenari prossimi, quella dei banditi a Milano restava una strana storia, di giovani cresciuti nelle periferie delle grandi città industriali, negli agglomerati venuti su al ritmo della speculazione edilizia, fra idee confuse e rabbia trattenuta a stento[42]. Era la storia dello stesso Pietro che, espulso dalla sezione torinese del Pci, aveva deciso di passare «alla rivoluzione personale e individuale»[43]: il giustiziere pentito che, dopo l'incontro col cardinal Martini e aver scontato la pena ridotta per buona condotta, avrebbe finito la vita assistendo anziani e tossicodipendenti. Ma era anche la storia del suo braccio destro, Sante Notarnicola, il cui nome avrebbe aperto la lista dei detenuti politici indicati dalle Brigate Rosse per la liberazione di Moro. Quando, nel 1975, la «parola tremenda»[44] tornava in bocca a diversi italiani, i brigatisti, un po' banditi, un po' terroristi[45], erano in poco tempo passati dalla propaganda alla lotta armata. Appena un anno prima era stato rapito a Genova il magistrato Mario Sossi e lo Stato aveva mosso i primi confusi passi normativi, raddrizzati solo dalla pronta risposta di nuovi apparati investigativi, poi incomprensibilmente sciolti, coordinati dal generale dei carabinieri Carlo Alberto Dalla Chiesa e dal prefetto Emilio Santillo[46]. Più delle nuove trame politiche eversive, ancora di difficile decifrazione, infatti, turbava e indignava l'opinione pubblica, e di riflesso il legislatore, la cronaca nera dei dilaganti sequestri di persona a scopo di estorsione. A

[41] *La pena di morte* (a cura di Mario Pisani), in «L'indice penale», 1 (1967), pp. 441-450.

[42] G. Bocca, *Il bandito Cavallero. Storia di un criminale che voleva fare la rivoluzione*, Milano 2016.

[43] W. Settimelli, *Giustiziere pentito*, in «l'Unità», 29 gennaio 1997, pp. 1 e 13.

[44] *La pena di morte* (a cura di Mario Pisani), in «L'indice penale», 1 (1967), p. 441.

[45] S. Porcù, *Drammatico e fulmineo episodio in pieno centro di Genova. Rapinatori sparano per fuggire. Ucciso il derubato che li inseguiva*, in «l'Unità», 27 marzo 1971.

[46] A. Baravelli, *Per una storia della risposta penale al terrorismo italiano*, in «Meridiana», 97 (2000), pp. 73-88, in part. p. 75.

frotte, i cittadini tempestavano i giornali di lettere che chiedevano per quei crimini, fra «squallidi rimasugli di feroci età» e «foschi metodi inquisitori», la pena di morte. Agli sfoghi di collera e ai ciechi istinti di vendetta, i giuristi sentivano di dover contrapporre «un semplice appello alla ragione»: «chiaro e freddo»[47] come su «La Stampa» per Alessandro Galante Garrone, vibrante e appassionato nel caso di Alberto Dall'Ora. Meglio che eleggere a guida il «piccolo, grande libro» di Beccaria nella scelta quasi obbligata del magistrato e storico vercellese, l'avvocato Dall'Ora, novello Virgilio, accompagnava i lettori de «Il Giorno» lungo un lugubre percorso funerario. In presa diretta, la lingua allenata da tante arringhe si aggirava fra noti cimeli mortiferi accarezzati nel loro «eterno sonno naturale». I calchi gessosi dei pompeiani soffocati dai lapilli vulcanici, le composte effigi etrusche, i cadaveri rosi dal cancro o le salme di uomini fulminati da qualche tiro sinistro del cuore, davano solo un flebile assaggio, incommensurabile rispetto al sapore di «un'altra MORTE», non più sopraggiunta per lava piovente o per morbo in un imperscrutabile destino, ma «comandata» da uomini per altri uomini, voluta e imposta da quella assurda «LEGGE» di «reagire con la violenza alla violenza», fino a «spegnere la vita con il diritto della forza».

Del resto, cos'altro aspettarsi di diverso da un tempo presente che, sotto l'occhio clinico di esperti teologi come Sergio Quinzio, faceva ormai i conti con una feroce eclissi del sacro, dove il «valore assoluto» dell'esistenza sopravviveva appena negli echi sbiaditi di «remote assolutezze rituali», quando il *clan*, con l'uccisione violenta dell'innocente o del colpevole, esorcizzava la paura comunitaria della fine fisica: «sacramentale la morte, per propiziare la vita». Rimuovere dall'oggi, malgrado innegabili mutamenti, anche quel poco di sacralità della vita per confinarlo nell'opinabile o nel disponibile, equivaleva per Dall'Ora alla «più colpevole ignavia», alla più irresponsabile deviazione dal «senso critico». Significava rinunciare a percorrere la via della ragione, «di un solido e moderno illuminismo», il solo capace, nella millenaria raggiera della storia umana, a smascherare, dietro la ricorrente formula del *Vim vi repellere licet*, «il sintomatico motto del potere, il suo emblema trionfale». A quanti, nelle ultime ore, tornavano di tanto in tanto a scandirlo solennemente, forse era il caso di insinuare qualche ragionevole dubbio su chi mai, dentro lo Stato, dovesse scegliere «la forza nemica» da forzare, ovvero in quale «furia» questa dovesse essere individuata. Quel che toccava oggi alla criminalità comune o politica, poteva un domani non risparmiare l'essere in qualche modo «diversi» per

[47] A. Galante Garrone, *Dilaga la delinquenza, la gente è sgomenta. Perché diciamo no alla pena di morte*, in «La Stampa», 14 febbraio 1975, pp. 1 e 2.

costume, religione o colore della pelle. In realtà, la diversità colpevole si misurava nel mostrarsi semplicemente contrari a un potere arrogante e arbitrario, libero di spostare *ad libitum* la soglia oltre la quale placare, «graziosamente», la sete di «violentare la presunta violenza». In un palpabile regresso, mentre dalla vicina Francia il ministro dell'interno Poniatowski, in nome di una indefessa efficacia dissuasiva, tornava a far vibrare voci ripristinatorie della mannaia, tutti, «dovunque» e «comunque», giuristi in testa, dovevano prestare il loro contributo. Di fronte a chi incitava un ritorno ai secoli foschi, solo il comune richiamo a stagioni filosofiche altre, «di promozione sociale», poteva sconfessare il «rito tribale davanti al patibolo» o la «dissennata calca»[48] dedita alla pratica del linciaggio. D'altro canto, per una curiosa eterogenesi dei fini, la l. 14 ottobre 1974 n. 497, nota come legge Bartolomei, varata appena sei mesi dopo il decreto sulla carcerazione preventiva a inasprire il carico sanzionatorio per rapine, estorsioni e sequestri di persona, si stava rivelando decisamente inadeguata allo scopo[49]. Ne dava crudele prova, nel settembre del 1975, la tragica vicenda della giovane Cristina Mazzotti, uccisa dai suoi sequestratori nel novarese nonostante i familiari ne avessero pagato il riscatto. Nella concitazione mediatica, la proposta segnalata dall'allora ministro dell'interno Luigi Gui di considerare addirittura fiancheggiatori gli stessi parenti dei sequestrati registrava le pronte critiche della cultura giuridica. Certo, scendendo a patti con i rapitori, i familiari inevitabilmente agevolavano la condotta criminosa. Eppure, notava Corrado Ruggiero, presidente dell'Associazione nazionale magistrati, nessuno dubitava che «in termini giuridici» quelli agissero in stato di necessità per salvare la vita al congiunto rapito. Negarlo sarebbe stato un controsenso di fronte a un codice che, in ossequio «ai sentimenti umani», escludeva il favoreggiamento anche quando il familiare di un imputato tentava a tutti gli effetti di favorirlo. Il problema, semmai, era un altro e investiva direttamente l'operato della polizia a trattativa avviata. Pur nel sacrosanto rispetto di quello stesso senso di umanità, non si doveva lasciare ai delinquenti alcun vantaggio prezioso perché «l'impresa delittuosa» riuscisse conclusa a loro favore. Gli faceva eco, dalla segreteria di Magistratura democratica, Marco Ramat: il giurista che, ai tempi dell'*alternativa*, aveva

[48] A. Dall'Ora, *Tribuna libera: perché diciamo no alla pena di morte. L'uccisione di Stato non è mai lecita*, in «Il Giorno», 15 febbraio 1975, pp. 3-4. Su di lui, cfr. L. Lupària, *Dall'Ora, Alberto*, in DBGI, vol. I, p. 658.

[49] Su questa, come sulle altre misure speciali che, fra il 1974 e il 1982, formarono una vera e propria legislazione penale d'emergenza a contrasto dell'eversione 'rossa', si rinvia a V. Grevi, *Sistema penale e leggi dell'emergenza: la risposta legislativa al terrorismo*, in G. Pasquino (cur.), *La prova delle armi*, , Bologna 1984, pp.17-74.

invocato una giustizia per il pastore sardo[50]. Preciso anche lui nel collegare la gravità della questione ad una migliore e più efficiente organizzazione delle forze dell'ordine, apostrofava come «del tutto inutili»[51] gli strumenti legislativi recenti a dispetto di quelli già esistenti.

Da parte sua, intervenendo lo stesso giorno su «La Stampa», Giovanni Conso aggrediva la questione rompendo il fronte di quanti, a ridosso della drammatica vicenda, tornavano ad agitare in massa lo spettro della suprema pena. Forse anche al futuro giudice costituzionale era capitato fra le mani quel primo numero de «L'indice penale» che, nel 1967, aveva attinto non poco alla tutt'altro che edificante esperienza statunitense. A ogni modo, per l'attacco del pezzo, Conso puntava i riflettori della memoria sul caso del piccolo Lindbergh, il figlio del noto aviatore rapito e ucciso fra i ricatti di un riscatto disatteso. Allora, in un battito d'ali, gli americani «introdussero la pena di morte con efficacia retroattiva» fulminando i responsabili sulla sedia elettrica. Ai tanti che in quei giorni non avrebbero esitato a replicare lo stesso trattamento sugli assassini di Cristina, bisognava indicare chiara la via da seguire. Certo questa non veniva dal minacciare sanzioni detentive di crescente entità come la recente legge Bartolomei s'era illusa di fare, elevando la pena del sequestro per scopo di rapina o estorsione alla soglia dei venticinque anni. Fiacca e fallimentare sul piano legislativo, la risposta istituzionale stava registrando esiti migliori a livello investigativo. Senza dubbio perfettibile, il Centro antisequestri costituito come sezione specializzata della Criminalpol pareva promettere bene: sempre a patto di provocare un intervento congiunto di magistratura e polizia rapido e tempestivo, di poco successivo ai primi passi dei rapitori, fiaccando la «tattica dell'attesa» incolpevolmente favorita dai familiari. Arrivare, come nelle intenzioni del ministro Gui, a isolare questi ultimi nei contatti con i malviventi, portava a ledere la libertà personale, mentre attivare un tempestivo «blocco giuridico» sulle loro sostanze ben potava inceppare la molla alla base di una fruttuosa industria dei sequestri e spezzare in partenza «i sogni malvagi dei rapitori»[52]. L'appello di Conso a lasciar prevalere «la

[50] M. Ramat, *Che cosa abbiamo voluto dire*, in «Il Ponte», 6-7 (1968), pp. 725-726.

[51] *Indignazione e sgomento per la sorte di Cristina. Un panorama delle reazioni alla tragica vicenda e alle proposte del ministro Gui – Da troppe parti si sente di nuovo parlare di pena di morte* (redazione), in «Avanti!», 4 settembre 1975, p. 2.

[52] G. Conso, *Orrendi delitti dell'industria del sequestro. Bloccare i capitali alle famiglie degli ostaggi?* in «La Stampa», 4 settembre 1975, p. 2. Sempre per il quotidiano torinese, il giurista tornava sull'argomento il successivo 6 settembre con l'articolo *Anche la pena di morte non ferma gli assassini*. Il primo a seguire il suggerimento di Conso sarebbe stato, nel 1976, il sostituto procuratore a Milano Ferdinando Pomarici. La sua decisione di

ragione», con una sana dose di coraggio, sulla belluina «disperazione» pareva tuttavia cadere nel vuoto. In larghi strati l'opinione pubblica restava sintonizzata su tutt'altra frequenza di ascolto. La intercettava per «il Giornale» il direttore Indro Montanelli nel rispondere alla fiumana di lettere che, col caso Mazzotti, chiedevano unanimi al quotidiano di sposare la causa della pena capitale. Tra i vari argomenti proposti, due riuscivano così persuasivi da incrinare la ferma contrarietà del giornalista e della sua redazione. Irritrattabile in normali condizioni di convivenza civile, quel rifiuto restava in bilico se alterato da circostanze marziali, «quando la spia, il sabotatore, il disertore» venivano passati spicciativamente per le armi e nessuno trovava alcunché da ridire. Guardando alla criminalità dilagante, con armi e organizzazione da far invidia a un esercito regolare, pochi ancora potevano dubitare che in Italia si stesse combattendo una nuova guerra diversa dalle altre per un punto nient'affatto marginale: i suoi «metodi di lotta» sfuggivano a qualunque norma o remora, potendo senza troppi disturbi uccidere i prigionieri, magari dopo averli crudelmente seviziati. A quel punto, il diritto per la società e per lo Stato di difendersi precipitava in un categorico dovere. E il suo adempimento avrebbe coinvolto ogni mezzo disponibile, non ultimo «quello estremo della pena di morte». D'altra parte, la sua abolizione restava un lusso per pochi, vero vanto di paesi civili dove la polizia poteva avere mano libera nelle indagini, la magistratura agire solerte fino alla irrogazione di pene sulle quali di certo non si sarebbe giocato al ribasso. Efficienza e saldezza delle istituzioni rendevano superfluo il ricorso alla punizione capitale: non «prova di forza, ma al contrario «confessione di debolezza». Vedendo la situazione italiana, dove al minimo forzare la mano la polizia veniva additata come «fascista» o il ministro dell'interno doveva subire in Parlamento interrogazioni e mozioni, per tacere poi della situazione carceraria, il nodo era se lo Stato davvero potesse sottrarsi a quella sconcertante, ma realistica, ammissione di debolezza. Quando, esasperato, il cittadino giungeva a reclamare la pena di morte era perché quello Stato dimostrava di non saperlo difendere «altrimenti». Questo il quesito urgente che «la classe politica»[53] non poteva permettersi più di ignorare.

In simultanea al lugubre dubbio sollevato con penna affilata da

sequestrare i 400 milioni del riscatto per Carlo Alberghini susciterà polemiche, non ultima quella di legalizzare così la pena di morte, «ma per i rapiti». Si veda S. Costanzo, *E se i banditi decidono una prova di forza (come per Paul Getty) che cosa facciamo?*, in «Stampa Sera», 22 marzo 1976, p. 9. Per una panoramica sul fenomeno, cfr. O. Rossani, *L'industria dei sequestri. Dalla mafia alle Brigate Rosse: la storia, le tecniche, i nomi*, Milano 1978.

[53] I. Montanelli, *Dibattito sulla pena di morte. Un espediente da tempo di guerra*, in «il Giornale», 12 settembre 1975, p. 1.

Montanelli, non si facevano attendere quelle forze nazionaliste additate tempo addietro da Nuvolone per la protervia a catturare consensi strumentalizzando l'ondivago irrazionalismo popolare dinanzi ai delitti del momento. Il 14 settembre 1975 «il Borghese», settimanale da sempre allineato al Msi, pubblicava il testo di una proposta di legge che il suo direttore Mario Tedeschi, per conto del gruppo parlamentare della Destra Nazionale, presentava a Camera e Senato a proposito dei sequestratori di persona. A nulla servivano per il futuro, come vaticinato da più parti, né congelare i fondi dei familiari, né tantomeno denunciare questi ultimi per favoreggiamento. Perciò, onde evitare che lo Stato continuasse a far gravare sui cittadini il peso di responsabilità mai assolte, si chiedeva di applicare la pena di morte per i sequestri di persona seguiti da soppressione o scomparsa dei sequestrati. Il martellante *leitmotiv* degli anni a seguire era qui seccamente impostato. I padri costituenti, all'art. 27 della Carta, non avevano affatto estromesso la sanzione capitale, solo formulato una distinzione: «no alla pena di morte nel campo dei rapporti civili», ma sì alla stessa «nell'ambito delle leggi militari di guerra». Che l'Italia fosse ormai scivolata nella parte eccezionale della previsione nessuno poteva negarlo. La delinquenza era scesa in armi con onesti e disonesti che si fronteggiavano da una parte all'altra della barricata in una guerra che Parlamento e Governo avevano regolato in modo assurdo, obbligando i primi «a combattere con le mani legate» e agevolando i secondi con una «malintesa politica di riforme»[54]. Del resto, l'iniziativa, che da Ginevra raccoglieva persino il plauso del presidente dell'Associazione nazionale di diritto penale, il francese Pierre Bouzat, s'inscriveva in un contesto internazionale tutt'altro che rassicurante.

Il 27 settembre 1975, a Madrid, Barcellona e Burgos cinque dissidenti morivano sotto il fuoco del plotone d'esecuzione franchista. Fra i muri di una caserma, i giudici militari avevano svolto un lavoro di impeccabile efficienza. Erano bastate appena due ore e diciotto minuti per esaminare le contestazioni agli imputati, ascoltare i testimoni d'accusa, valutare le responsabilità e comminare le condanne capitali sulla base di una legge retroattiva emanata l'agosto passato in funzione antiterroristica. Disattendendo persino gli appelli di Paolo VI, a un passo dalla fine, la

[54] *Pena di morte. La proposta alla Camera e al Senato – La relazione del nostro direttore* (redazione), in «il Borghese», a. XXVI, vol. LXIII, n. 37, 14 settembre 1975, pp. 87-88. Nella logica del doppio livello di legalità penale, l'espressione va riferita al piano regolare delle riforme: su tutte, quella del codice processuale che camminava a fatica nel gioco a corrente alternata con le controriforme introdotte per far fronte all'emergenza terroristica. Tacciate di eccesso nelle garanzie, come nel caso della riforma carceraria, venivano additate da molti come un *toccasana* per i criminali.

dittatura spagnola si tirava dietro l'ultima scia di sangue, suscitando orrore e protesta in tutto il mondo, anche in Italia[55]. Pochi giorni prima delle fucilazioni, nella romana piazza di Spagna, si era svolta con la Federazione dei giovani comunisti italiani di Walter Veltroni e Ferdinando Adornato una manifestazione di solidarietà per il popolo basco. Dagli altoparlanti, a protestare contro la garrota e la pena di morte, si udiva la voce inconfondibile di Pasolini.

Intanto, fra i giuristi, da «Il Mattino» di Napoli, il romanista Antonio Guarino indirizzava al «Signor Generalissimo» una lettera aperta. Nessuna illusione che fosse letta. In fondo lettere simili venivano scritte non tanto «per i loro potenti destinatari», quanto «per inserire nel libro della storia», magari con una piccola annotazione a piè di pagina, «la protesta» di quanti la storia la vivevano contro coloro che in quel frangente la gestivano. Disporsi in coda dietro ai tanti citazionisti di Beccaria sarebbe stato un imperdonabile controsenso. Il filosofo illuminista, che «era marchese», quella storia l'aveva fatta, e da protagonista. Sceglieva allora di rammentare al suo irraggiungibile interlocutore un diverso episodio, piccolo e trascurato, ma potente: un fatto accaduto «un certo 12 ottobre nell'aula magna dell'università di Salamanca». Era il *Día de la Raza* e toccava al rettore Miguel de Unanumo tenere il discorso che inaugurava l'anno accademico. Nessuno immaginava che da quelle parole sarebbe giunta una sconfessione della sua militanza passata nel movimento falangista. Fra lo sgomento e il tedio, il generale Millán Astray uscì gridando: «Abajio la inteligencia! Viva la muerte!». Vincendo gli applausi dei presenti, Unanumo replicò con parole che, a distanza di anni da quel 1936, parevano ancora capaci di illuminare il comune impegno dei giuristi nella loro battaglia di razionalità:

> *Questo è il tempio dell'intelletto. Io ne sono il supremo sacerdote. Voi profanate il sacro recinto. Vincerete perché avete la forza bruta. Ma non convincerete. Perché per convincere dovrete persuadere. E per persuadere occorre proprio quello che a voi manca: ragione e diritto nella lotta*[56].

Chi invece si trovava più a suo agio fra le parole di Beccaria era Nuvolone, che quella lotta non aveva mai smesso di combattere. Pur nella tragicità, le esecuzioni in Spagna offrivano un'occasione «propizia» per riflettere di nuovo sulla pena di morte. Correvano «tempi duri» e anche in Italia molti pensavano di ripristinarla per frenare una dilagante

[55] Si veda *Fascismo infame. Orrore e protesta in tutto il mondo per il crimine del regime franchista*, in «l'Unità», 28 settembre 1975, pp. 1-4.

[56] A. Guarino, *Viva la muerte!*, in «Il Mattino», 28 settembre 1975, p. 2.

«feroce criminalità». Tralasciando le difficoltà di ordine costituzionale che il suo reinserimento incontrava, il giurista dedicava un suo articolo per «Il Tempo», apparso poi anche su «L'indice penale», a screditare la pretesa efficacia deterrente della suprema pena sui criminali potenziali e sui loro propositi delittuosi. Un simile effetto non funzionava in generale, figurarsi «nel caso dei terroristi» che difficilmente tenevano in conto l'eventualità di essere uccisi «in una specie di delirio di martirio e di olocausto». Nell'oggi v'era già «troppo disprezzo» per la vita umana perché lo Stato recasse anche «il contributo del freddo diritto» alla propagazione «dell'orgia di sangue» cui molti sembravano cannibalescamente anelare. Ciò non significava che lo Stato dovesse rinunciare a difendere sé stesso e i suoi cittadini dai delinquenti pericolosi, impedendo, «anche con l'uso delle armi», gravi attentati all'incolumità pubblica e privata. Una cosa, infatti, era, se necessario, «uccidere per legittima difesa, per salvare la vita propria e altrui, nell'immediatezza della minaccia», e un'altra «condannare alla morte, in un'aula giudiziaria, un individuo incatenato e indifeso»[57]. Quasi a presagire un progressivo indurimento del nostro, le parole di Nuvolone non cadevano innocue. Nella primavera di quel 1975, infatti, si era rilasciata alle forze di polizia «una vera e propria licenza di uccidere». Così Stefano Rodotà commentava su «Panorama» la legge Reale che, fra le altre cose, ampliava il raggio di applicabilità della causa di non punibilità ex art. 53 c.p. riservando una sorta di corsia giudiziaria differenziata, per rito direttissimo, alle forze dell'ordine responsabili di reati commessi nel legittimo uso delle armi[58]. A un anno di distanza, era tempo di bilanci. E se l'attivo, «per ammissione degli stessi poliziotti», era misero, il passivo era «semplicemente spaventoso». Caduti a decine nei violenti scontri a fuoco, quei morti, criminali o agenti che fossero, non facevano nemmeno più notizia, relegati «in oscuri angoli delle pagine di cronaca». Il timore avvertito fino a pochi mesi prima diventava una inconfutabile constatazione: in Italia era stata di nuovo introdotta «la pena di morte». E con un che di beffardo. Nel macabro gioco alla rovescia, a morire giustiziati senza grazia né appello erano molto spesso «ladruncoli da poco», magari falciati in fuga da un posto di blocco.

[57] P. Nuvolone, *Come lo Stato si deve difendere. La pena di morte*, in «Il Tempo», 21 ottobre 1975, p. 1, poi ripubblicato col titolo *La pena di morte* in «L'indice penale», 9 (1975), pp. 453-455.

[58] Su questo provvedimento chiave della legislazione emergenziale si veda, da ultimo, M. Riberi, *Sicurezza vs. libertà costituzionali: la «legge Reale» n. 152 del 22 maggio 1975*, in «Italian Review of legal history», 4 (2018), pp. 1-18. Sui suoi effetti, cfr. *625. Libro bianco sulle vittime della legge Reale. Materiali sulle politiche di repressione e di controllo sociale*, Locate Triulzi 1990.

Erano anche quei «poveri poliziotti» di cui Pasolini aveva preso le difese in polemica con i giovani sessantottini, uccisi dalla «scarsa conoscenza dell'uso delle armi». Ma nessuno dei «pericolosi autori dei sequestri di persona», nel reale mirino della legge, era mai stato colpito, «neppure di striscio». Eppure, la «brutalizzazione del diritto penale» restava intonsa nell'agenda di governo. Del resto, era lo spirito delle controriforme che, in questo caso, si concretava nell'apparecchiare una morsa repressiva da far invidia al «codice penale fascista», stretta al punto da obnubilare la via di una riforma riorganizzativa: la sola in grado di dare finalmente alle forze di polizia, fra reclutamenti qualificati, pieno riconoscimento dei diritti anche sindacali, dotazione di tecnologie e mezzi moderni, quell'efficienza vanamente attesa da una «legge autoritaria». Stando così le cose, era illusorio attendersi che un'altra travagliata riforma in cantiere, quella del processo penale, riuscisse a battere in breccia la legge Reale destinata a spirare, per dettato del suo stesso art. 35, dal giorno di entrata in vigore del nuovo codice. Le commissioni incaricate non avrebbero mai fatto in tempo a rispettare il termine loro assegnato. Non restava che confidare, al di là del freddo realismo parlamentare, nella «consapevolezza» delle forze di sinistra, Pci e Psi, sulla imperante necessità di rimuovere «una legge tanto pericolosa»[59].

La speranza di Rodotà non andava, in certa misura, delusa. Il 6 aprile 1976, su iniziativa dei senatori Giuseppe Branca, Carlo Galante Garrone, entrambi giuristi, e Dante Rossi veniva presentato in Senato un disegno di legge recante l'abrogazione di norme restrittive dei diritti dei cittadini. Il bersaglio dichiarato era proprio la legge che, dal 22 maggio dell'anno passato, legava il suo nome all'allora ministro della giustizia Oronzo Reale. Avallata da «giuristi autorevoli, anche di parte democristiana», la «battaglia» contro quel testo «liberticida» pareva giungere al suo giro di boa. I fatti erano i primi a darne atto. Senza ridurre di una percentuale rapine, estorsioni e sequestri di persona, aveva invece accresciuto un'altra drammatica cifra: quella che accomunava, in un'unica tragica conseguenza, «il numero dei morti per mano della polizia» e quello dei caduti «tra le fila stesse della polizia». La magistratura vedeva quindi appaltata la sua «ordinaria» azione repressiva al «braccio armato dello Stato», diretto e incontrollato. Di nuovo, in un'aula parlamentare, si tornava a parlare di «pena di morte preventiva»[60]. L'ultima volta era successo nel 1950 quando, alla vista delle

[59] S. Rodotà, *Pum Pum! A morte il ladruncolo*, in «Panorama», a. XIV, n. 517, 16 marzo 1976, p. 39.

[60] Disegno di legge d'iniziativa dei senatori Rossi Dante, Branca e Galante Garrone, comunicato alla Presidenza il 6 aprile 1976. Abrogazione di norme restrittive dei diritti

bare di alcuni operai uccisi dai colpi della polizia fuori ai cancelli della loro fabbrica, Piero Calamandrei sollevò il tema dinanzi alla contraddizione di uno Stato democratico che aveva da poco cancellato la fucilazione dalla Costituzione[61]. Ma quella era soltanto una delle diverse discrasie con un *primato patrio* definito anche dalla proverbiale esperienza toscana, dove «la civiltà fu sempre più forte della scure»: una constatazione irripetibile nella stessa Repubblica che, «nata dalla Resistenza», era riuscita a fare «peggio del codice Rocco»[62], in un silente quanto colpevole allineamento. Le norme repressive delle attività neofasciste, che la legge Reale contemplava, non erano mai state applicate, mentre il disegno di legge di iniziativa popolare per lo scioglimento del Msi non aveva ancora raggiunto la discussione parlamentare. Anche per questo, contrariamente alle aspettative di quanti come Rodotà puntavano a «far scomparire» del tutto la misura speciale, i tre senatori si limitavano a chiederne un'abrogazione parziale.

Il confronto fra le forze politiche era solo rinviato, ma senza soluzione. Il 1° luglio 1977 la pena di morte preventiva uccideva in circostanze poco chiare Antonio Lo Muscio, militante dei Nuclei armati proletari. La versione ufficiale diffusa dall'Arma dei carabinieri non collimava con i racconti dei testimoni oculari, che descrivevano una brutale esecuzione a freddo. A Roma, in piazza San Pietro in vincoli, mentre i militari arrestavano Franca Salerno e Maria Pia Vianale, evase dal carcere femminile di Pozzuoli il 22 gennaio di quell'anno quando a Napoli era in corso il processo contro l'organizzazione, Lo Muscio veniva raggiunto da alcune raffiche di mitra per essere poi finito, a terra agonizzante, dal brigadiere Fortunato Massitti[63]. Nell'interrogazione parlamentare al Sottosegretario per l'interno Lettieri che ne seguì, toccava al deputato di Democrazia proletaria Silvano Corvisieri riannodare il filo nascosto fra la pena capitale, abolita «solo in teoria», e la legge Reale. Con aberrante disinvoltura, quel provvedimento l'aveva in pratica ripristinata: decine e decine di condanne a morte decise neppure da un tribunale, ma eseguite *manu militari* da un qualsiasi agente o carabiniere. Chi da un po' sosteneva che fosse in atto una

dei cittadini, in Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, Legislatura VI – Disegni di leggi e relazioni – documenti, n. 2505.

[61] P. Calamandrei, *Pena di morte preventiva*, Editoriale, in «Il Ponte», 6 (1950), 2, pp. 113-115.

[62] Come titolava un editoriale della rivista diretta da Rodotà proprio a commento della legge Reale. Vedilo in «Politica del diritto», 5 (1975), pp. 7-11.

[63] *Un nappista è un 'mostro'. Gli si può cucire addosso qualsiasi storia. E lo si può uccidere. Pena di morte: anche questo c'è scritto negli accordi di governo*, in «Lotta continua», 3-4 luglio 1977, p. 1.

guerra, non aspettava altro[64]. Era solo questione di tempo.

Mentre la legge Reale si avviava con i suoi effetti verso un infruttuoso esito referendario, «tra margherite e P38»[65], nuove pulsioni agitavano le coscienze. Da destra, si chiedeva di estendere l'eccezione dell'art. 27.4 Cost. anche al caso di omicidio pluriaggravato di minori e sequestro di minore a fine di estorsione[66]. La proposta, presentata alla Camera il 2 febbraio 1977, incontrava la secca opposizione di Nuvolone. Bestialità a parte, «comminare la stessa pena per il sequestro e per l'omicidio»[67] non avrebbe utilitaristicamente prodotto alcun risultato, se non la soppressione del minore. Intanto, il 6 ottobre, riaffiorava dalle acque del lago d'Iseo il cadavere del presidente degli ippodromi di San Siro Vittorio Di Capua, rapito «per riscatto» nel marzo passato e ucciso dai suoi rapitori. In un sondaggio della Doxa apparso qualche giorno dopo su «l'Europeo», il 51% degli italiani aggiornava le statistiche di «un incubo collettivo»[68] pronunciandosi favorevole al ripristino della pena di morte[69].

Sul risultato pesava la colpevole arretratezza non solo delle forze politiche, ma della stessa cultura giuridica. Ne era convinto con una nota di amara autocritica Guido Neppi Modona che, dalle pagine de «la Repubblica», indicava nella pena capitale un terreno di scontro fra due opposte concezioni della questione criminale. Quella tradizionale, maturata sull'effetto deterrente e intimidatorio della sanzione, non si rassegnava a lasciare il campo ad una più moderna e articolata visione che, rifiutando le suggestioni «della maniera forte», graduava qualitativamente le pene sulla gravità dei reati e sulla pericolosità degli autori. Si voleva così, nella diffusa arsura di «vendetta sociale»[70], confezionare l'abito legale per una pena

[64] Atti Parlamentari, Camera dei deputati, VII Legislatura – Discussioni – Seduta del 28 novembre 1977, pp. 12753-12758, in part. p. 12758.

[65] Nella suggestiva immagine con cui riassume il variegato movimento del Settantasette M. Gotor, *Generazione Settanta. Storia del decennio più lungo del secolo breve (1966-1982)*, Torino 2022, pp. 214-234.

[66] Modifica dell'art. 27 della Costituzione. Introduzione della pena di morte. Proposta di legge costituzionale ad iniziativa dei Deputati Almirante, Pazzaglia, Tripodi ed altri, presentata alla Camera dei deputati il 2 febbraio 1977 (n. 1097).

[67] P. Nuvolone, «L'indice penale», 11 (1977), p. 283.

[68] G. Valentini, *Pena di morte, atto d'accusa*, in «l'Europeo», a. XXXIII, n. 43, 23 ottobre 1977, p. 36.

[69] G. Ferrieri, *Criminalità: che cosa chiede la gente*, in Ivi, pp. 37-41.

[70] G. Neppi Modona, *Il falso rimedio della pena di morte*, in «la Repubblica», 26 ottobre 1977, p. 6.

di morte, di fatto, legittimata da un sistema carcerario che negava i più elementari diritti civili e umani dei detenuti. Ciò era vero per la Germania federale, dove il 17 ottobre di quell'anno tre militanti della Raf reclusi nel carcere di Stammheim morivano in un anomalo suicidio collettivo. Ma era vero anche per l'Italia, dove scarso interesse stava suscitando nell'opinione pubblica il disegno di legge governativo sulla depenalizzazione e sulle sanzioni sostitutive della detenzione per i reati minori. Di nuovo, i partiti e i giuristi di sinistra avevano peccato di negligenza. Gli italiani non trovavano alcun dibattito che li sensibilizzasse sul fondamento tecnico delle misure proposte. E quella che avrebbe potuto segnare una prima tappa nell'auspicato passaggio dall'impostazione tradizionale a un sistema penale focalizzato sul recupero dei delinquenti meno pericolosi restava ancora tutta da percorrere. Il tempo di un duro esame di coscienza non era giunto invece per Giuseppe Branca, reduce dalla battaglia parlamentare sulla parziale abrogazione della legge Reale. Il sondaggio lo convinceva il giusto: strumento utile per raccogliere dati fattuali, ma fallace quando, come in quel caso, si trattava di opinioni. Preferiva, semmai, confidare in evidenti certezze istituzionali. Occorreva pur sempre modificare la Costituzione. Ed era alquanto improbabile che il Parlamento si svilisse con uno sforzo cimiteriale, riesumando una norma nata in epoca fascista ma «seppellita assai giovane» in terra democratica. Pochi di quegli italiani, chiamati a una reale assunzione di responsabilità, sarebbero rimasti inflessibili. Del resto, aveva invitato a diffidare delle statistiche già due secoli addietro, dalla sua tribuna di rivoluzionario, Robespierre. A dar retta alle previsioni, i grandi delitti avrebbero dovuto rarefarsi presso i popoli che la pena di morte l'avevano «instaurata e applicata con larghezza»[71]. Invece, era accaduto proprio il contrario. Risalendo a ritroso la passerella della storia, di esempi se ne potevano indicare a decine. Lo sapeva bene Paolo Rossi che nel 1932 aveva visto sequestrarsi il saggio *La pena di morte e la sua critica* e che poi, in Costituente, era stato fra i pochi a votare per «l'abolizione pura e semplice» in ossequio alle «più pure tradizioni italiane»[72]. In un'intervista rilasciata da presidente della Corte costituzionale allo stesso giornalista curatore per «l'Europeo» del discusso sondaggio, Rossi ricordava come nella stessa Francia che Robespierre e i suoi sodali si preparavano a rovesciare vigevano ancora le ordinanze di Luigi XIV, con un campionario di pene edittali da rabbrividire chiunque: dallo squartamento alla combustione semplice o su

[71] G. Branca, *Sondaggi e pena capitale*, in «Il Messaggero», 26 ottobre 1977, p. 2. Su di lui, cfr. A. Masi, *Branca, Giuseppe*, in DBGI, vol. I, pp. 327-330.

[72] Intervento in Assemblea costituente del 25 gennaio 1947.

graticola fino alla spaccatura delle ossa. «Eppure Damiens attentò al re e fu debitamente fatto a pezzi», come, e con un supplizio «anche più esemplare», Ravaillac prima di lui. Ma la storia contava pure altri e più edificanti *ricordi*, come quelli di Francesco Guicciardini che, da governatore di una Romagna battuta in lungo e in largo dai briganti, anteponeva la certezza alla durezza della punizione. L'Italia, però, mai coerente col suo primato, pareva adesso dimenticarlo, cercando nella pena capitale o nell'inasprimento delle pene detentive, non in una polizia giudiziaria efficiente, in una magistratura solerte, in leggi penali limpide e non contorte, «gli strumenti seri di una lotta seria contro la dilagante criminalità comune e politica»[73].

Leggere in tono allarmistico le recenti statistiche contribuiva, invece, per Rodotà a sollevare una barriera fumogena su segnali contrari che pure giungevano dalla società proprio nella direzione auspicata da Rossi, con richieste di rinnovamento di agenti e giudici, unita a una gestione dell'ordine pubblico più efficiente ma insieme attenta ai diritti dei cittadini. «Nella fase caldissima», fra il 1974 e il 1977, la percentuale favorevole era anzi scemata, circoscritta alla fascia anziana e meno istruita della popolazione, di contro alla maggioranza degli intervistati per cui la criminalità si combatteva contrastando disoccupazione e mancanza di istruzione. Il problema, insomma, non stava tanto nell'orientamento degli italiani, ma negli scarsi fondi di bilancio destinati dal governo alle spese di giustizia. Fra programmi di ammodernamento in morosa giacenza, tempi processuali dilatati e carceri piene di detenuti in custodia preventiva, l'unica (contro)riforma che pareva avanzare, in un oscuro inconscio autopunitivo a raschiare il «fondo del barile», era l'abolizione del pretore: «una delle poche rotelle ancora funzionanti di una macchina arrugginita»[74].

Il tempo dell'*alternativa*, con la stagione dei *pretori d'assalto*, si coniugava al passato prossimo. «Panorama» pubblicava l'opinione di Rodotà il 9 novembre 1977. Poco dopo, il 16 marzo 1978, la Repubblica dei partiti raccoglieva il magro raccolto fruttato nella prima fallimentare fase della legislazione emergenziale, annaspando in una riforma dei servizi segreti[75] mai decollata per «irresponsabili faide tra generali». La lenta «via

[73] P. Rossi, *Troppi reati impuniti*, a cura di G. Ferrieri, in «l'Europeo», a. XXXIII, n. 44, 4 novembre 1977, p. 43. Nel 1943 era apparso un suo pionieristico studio dal titolo *Guicciardini criminalista*. Su di lui, cfr. S. Vinciguerra, *Rossi, Paolo*, in DBGI, vol. II, p. 1741.

[74] S. Rodotà, *Per un briciolo di giustizia*, in «Panorama», a. XVI, n. 603, 8 novembre 1977, p. 51.

[75] Sulla legge 24 ottobre 1977 n. 801 – Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato, cfr. C. Storti, *Il segreto di Stato tra giustizia e politica nella prima Repubblica*, in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti

crucis» del sequestro Moro aveva appena lasciato la prima dolorosa stazione, che in tanti, a croci innalzate, ne anticipavano già la conclusione sul calvario. Si farneticava «di pena di morte e di tribunali militari», esibendo per breviario norme del Testo Unico di pubblica sicurezza dichiarate incostituzionali, o pregando per nuove leggi speciali quando la sola misura «davvero eccezionale»[76] di cui si sentisse il bisogno era una diversa strategia di governo. Nella quotidiana flagellazione della Costituzione, pochi, oltre la paventata «guerra alla guerra terroristica», parevano rammentare che da qualche parte, in un luogo ignoto, stava «un uomo da salvare»[77]. Non era fra questi Ugo La Malfa che, al rapimento del collega e al massacro della sua scorta, reagiva nei corridoi di Montecitorio invocando leggi eccezionali e pena di morte. La sua posizione ribadita pacata in televisione, «Vita contro vita», obbligava i Movimenti giovanile e femminile del Pri a dissociarsi. Distante dalla tradizione ideale repubblicana, la pena capitale avrebbe finito «con l'accettare la logica di guerra dei terroristi». A quella richiesta, però, si associava «la voce della strada». E poco faceva il controcanto di giuristi filocattolici come Giuseppe Sotgiu[78], insieme a Moro nella Commissione Giustizia della Consulta, e Federico Stella[79]. Se entrambi si concentravano sull'inconciliabilità fra la suprema sanzione e la funzione rieducativa che la Costituzione assegnava alla pena, l'avvocato Franco De Cataldo, del Pr, che con Aldo Moro si era laureato, coglieva nei terroristi «un grado di esaltazione ideologica» non frenato, anzi stimolato dal pensiero di finire abbattuti davanti a un «plotone di esecuzione», in un delirante anelito al «martirio»[80]. Il 9 maggio 1978, invece, le parti si rovesciavano e «al martirio»[81] i carcerieri conducevano proprio lo statista democristiano, «nel più crudele ed inopinato dei modi»[82]. Ma i brigatisti

(curr.), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano 2015, pp. 221-248.

[76] S. Rodotà, *Via crucis*, in «la Repubblica», 18 marzo 1978, p. 6.

[77] G. Branca, *Un uomo da salvare*, in «Il Messaggero», 20 marzo 1978, p. 4.

[78] Su di lui, cfr. A. Mattone, *Sotgiu, Giuseppe*, in DBGI, vol. II, pp. 1896-1897.

[79] Su di lui, cfr. S. Vinciguerra, *Stella, Federico*, in Ivi, pp. 1913-1915.

[80] F. Zambonini, *Giuristi e teologi d'accordo: al male non si risponde con il male. La pena di morte? "Non serve a niente"*, in «Famiglia cristiana», a. XLVIII, n. 14, 2 aprile 1978, pp. 16-17.

[81] G. Bettiol, *Ricordo di Aldo Moro*, cit., p. 729.

[82] G. Conso, *Ricordo di Aldo Moro*, in «La Giustizia Penale», 13 (1978), parte I, pp. 351-352.

non erano i soli a dissotterrare «il seme di Caino»[83]. Il 25 ottobre il deputato Dc Giuseppe Costamagna si discostava dal suo partito per invocare nel settore dell'ordine pubblico provvedimenti eccezionali, non esclusa la pena capitale, irretroattiva, certo, ma, per restar «sempre fedeli al principio di Beccaria», temporanea, due o tre anni: tanto bastava a rivalutare «l'opportunità del ritorno a leggi normali»[84]. Neanche due giorni dopo, il 27 ottobre, per il Msi Giorgio Almirante tornava a riunire in un composto indigesto Costituzione e leggi di pubblica sicurezza così da proclamare lo stato di guerra e «trarne le debite conseguenze a tutti i livelli»[85]. A quasi un anno di distanza, il 15 novembre 1979, Arturo Carlo Jemolo affrontava su «La Stampa» il dramma insolubile del diritto che una società aveva di difendersi. Sopraffatto dalla gravità di quei giorni, l'anziano giurista riparava nella fantasia delle letture giovanili, quando Jules Verne immaginava di punire «il marinaio colpevole» lasciandolo su un isolotto deserto ma ricco di frutti e acqua per sostentarsi e nel contempo purificarsi: tempo due o tre anni e la nave sarebbe tornata a riprenderlo. Come sospinta dalla calviniana leggerezza, quella fuga di sogno frammisto a ricordo si esauriva rapida: irresistibile la forza di dura attrazione che la realtà delle prigioni o dei campi di lavoro cinti da reticolati esercitava. La pena capitale che tanti evocavano gli appariva inumana quasi quanto il carcere per un tempo superiore a dieci anni: lui, che aveva trascorso l'ultimo anno della Prima guerra mondiale prigioniero in un vasto campo dove la sofferenza vera non era la fame, ma il filo spinato. Si parlava molto di irreparabilità della pena di morte, come se non fosse irreparabile una trentennale detenzione. E a quanti sollevavano le insegne della rieducazione, ribatteva che il recupero, fattivo solo dopo pene lievi, era impensabile per i terroristi accomunati da «una fede cieca nella possibilità di raggiungere spargendo il sangue una società utopistica» dove regnasse «la giustizia assoluta». Ma la terra non era l'Eden prima del peccato di Eva. Tutto tornava di nuovo confuso. Jemolo non riusciva sconsolato a trarre alcuna conclusione efficace, se non a confidare in «intelligenze più forti, più fresche, più esperte» di lui a superare il suo giudizio sospeso «di un problema insolubile»[86].

[83] P. Nuvolone, *Aldo Moro, Necrologio*, cit., p. 350.

[84] Atti Parlamentari, Camera dei deputati, VII Legislatura, 25 ottobre 1978, pp. 22812-22817.

[85] Ivi, 27 ottobre 1978, pp. 22973-22976.

[86] A.C. Jemolo, *Quale rieducazione è possibile? La pena di morte e il reticolato*, in «La Stampa», 15 novembre 1979, p. 3. Su di lui, cfr. F. Margiotta Broglio, *Jemolo, Carlo Arturo*, in DBGI, vol. I, pp. 1121-1125.

Nella staffetta della razionalità giuridica, la corsa dei veterani si faceva rallentata proprio quando urgevano passi rapidi e decisi. Mentre si preparava quella legge Cossiga che i giuristi della nuova sinistra, Luigi Ferrajoli in testa[87], avrebbero combattuto sul filo del garantismo quale anticamera di una «soave inquisizione»[88], il 29 novembre 1979, all'inaugurazione dell'anno accademico della scuola allievi dei carabinieri, il generale Corsini coglieva proprio nei «comportamenti troppo garantisti» e nell'annunciata smilitarizzazione della polizia, un inaccettabile arretramento dello Stato di fronte a un terrorismo sempre più organizzato e addestrato secondo tecniche militari contrastabili solo «ad armi pari»[89]. Mentre Neppi Modona[90] e Rodotà[91], intelligenze «fresche», condannavano senza riserve l'intervento dell'alto ufficiale, per Nuvolone la misura era «colma». Certo, «lo Stato democratico» doveva «difendersi con le armi della democrazia», garantendo «libertà tanto faticosamente conquistate», malgrado forze che le disprezzassero, sostituendo «la violenza al diritto». Eppure, non si poteva negare che, giunti al punto in cui s'era, «le vittime attuali e potenziali» di quella stessa violenza, a cominciare da carabinieri e poliziotti, «chiamati a scegliere fra la vita e la libertà», potessero optare, obbedendo a una legge naturale, «per la vita». E quanti avessero orecchie per intendere, non avevano «a turarsele» nella folle speranza che «la bufera»[92] potesse da un giorno all'altro cessare. L'emergenza era ancora lunga. Il terrorismo aveva appena fatto in tempo a entrare lessicalmente in un testo di legge, che subito i grammatici più intransigenti indicavano nella parola *guerra* il suo naturale sinonimo.

[87] L. Ferrajoli, *Misure tedesche*, in «Lotta continua», 18 dicembre 1979, p. 3.

[88] T. Padovani, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXIV (1981), pp. 529-545.

[89] *Sulla lotta al terrorismo e alla criminalità. Polemico intervento del gen. Corsini. Il comandante generale dell'Arma ha parlato all'inaugurazione dell'anno accademico della scuola ufficiali*, in «Avanti!», 30 novembre 1979, p. 4.

[90] G. Neppi Modona, *Il generale Corsini ha torto o ragione?*, in «la Repubblica», 2 dicembre 1979, p. 6.

[91] S. Rodotà, *Dove mira il generale*, in «la Repubblica», 6 dicembre 1979, p. 6.

[92] P. Nuvolone, *Il discorso del comandante dei carabinieri. Attenzione: la misura è colma*, in «il Tempo», 1° dicembre 1979, p. 1.

3. *«I nostalgici dell'ottusa giustizia di guerra» (1980-1982)*

«In Italia c'è la guerra». Così titolava un articolo apparso su «Il Messaggero» il 30 marzo 1980. L'autore, il giornalista Corrado Stajano, commentava lì un fatto accaduto in via Fracchia a Genova due giorni prima, quando i carabinieri del ricostituito Nucleo speciale antiterrorismo al comando del generale Dalla Chiesa irrompevano in un covo brigatista intercettato per le rivelazioni del *pentito* Patrizio Peci, arrestato il febbraio passato. Ne seguiva un violento conflitto a fuoco, con quattro terroristi uccisi e un militare gravemente ferito. Le finestre di quell'appartamento non davano solo sulla legge Cossiga che, preceduta dal decreto di dicembre, intersecava la battuta via di aggravanti e inasprimenti con un'inedita collaborazione premiale[93]. Si affacciava anche su un «panorama agghiacciante», che toglieva il fiato dell'opinione pubblica stretto com'era fra «le atrocità quotidiane del terrorismo» e le corrispondenti «reazioni», non «politiche», ma «militari, repressive, da stato d'assedio»[94]. Un sentimento sinistro percorreva tanti italiani. Se ne faceva quasi inorridito interprete per «la Repubblica» Eugenio Scalfari, descrivendo in un suo editoriale la soddisfazione comunque avvertita per «la morte da piombo» dei giovani brigatisti «fulminati» a Genova. Era la conferma che «siamo in guerra»[95]. E mentre la «nuova Resistenza» annunciata dal presidente Pertini all'università di Padova in sostegno al *gambizzato* Angelo Ventura imbracciava le armi contro «un nemico senza volto»[96], i giuristi, a cominciare da quelli di una sinistra storica in congedo dalla solidarietà nazionale, si domandavano con Luigi Berlinguer come replicare alla «reazione emotiva» di quei giorni, «al crescente bisogno di ordine» o, di nuovo, «al tacito serpeggiare di invocazioni alla pena di morte legalmente ripristinata». Bisognava agire, e subito, per convogliare quella cruda «emozione sociale» verso «un'adesione di massa alla democrazia», per «aprire l'animo indurito da tanta tragedia

[93] In realtà, la legge 6 febbraio 1980 n. 15 sviluppava uno spunto appena accennato nel precedente decreto Moro. Lì, introducendo con l'art. 289bis c.p. il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, si stabiliva per la prima volta un'importante diminuzione di pena per il concorrente che, dissociandosi dagli altri, si fosse adoperato in modo da far recuperare la libertà al sequestrato.

[94] C. Stajano, *In Italia c'è la guerra*, in «Il Messaggero», 30 marzo 1980.

[95] E. Scalfari, *Ma perché nessuno ha pianto i morti di Genova?*, in «la Repubblica», 31 marzo 1980, p. 1.

[96] M. Gualfrè, *La guerra è finita. L'Italia e l'uscita dal terrorismo (1980-1987)*, Roma-Bari 2014, pp. 14-22.

alla clemenza, alla pietà, al recupero sociale», anche nei riguardi dei «criminali politici». E battere così sul tempo «le forze moderate e di destra», già all'opera per tenere alta la «bandiera della lotta intransigente al terrorismo» e, sotto quell'insegna, stabilire un solido «ponte»[97] fra loro e l'opinione pubblica.

Certo, il 1980 non era cominciato sotto i migliori auspici. Né il suo epilogo sarebbe stato da meno, preannunciato dal tragico terremoto in Irpinia e dalle infiltrazioni camorristiche nei fondi per la ricostruzione. Alle uccisioni di imprenditori e industriali, o di giornalisti come Walter Tobagi, si intervallavano gli assassinii di poliziotti, carabinieri e magistrati, in una singolare convergenza di sigle *rosse* e *nere*, con il primato di Brigate Rosse e Prima Linea da un lato, dei Nuclei Armati Rivoluzionari dall'altro, questi ultimi forse coinvolti anche nell'omicidio, a sfondo mafioso, del presidente della Regione siciliana Pier Santi Mattarella. Con la morte di Guido Galli, giudice istruttore e docente di criminologia, ucciso il 19 marzo a Milano da Pl per la sua logica riformista, era adesso una stessa parte della magistratura a pretendere, con la minaccia di dimissioni in massa, l'invio di militari per il controllo delle città[98]. Intanto, dall'altra parte del fronte, in tante istantanee fissate su quotidiani e settimanali, un esercito prendeva la via della ritirata, braccato dalla stretta repressiva dell'inchiesta *7 aprile* avviata l'anno prima fra Padova e Roma contro Autonomia Operaia[99], ma anche spezzato nel vincolo associativo da collaborazioni e sconti di pena, con atti di clemenza che Pietro Calogero, Gian Carlo Caselli, Armando Spataro e Pier Luigi Vigna incoraggiavano in una lunga intervista per «l'Espresso» il 22 giugno[100]. Ma la strategia premiale dovette presto rallentare, retroagendo talvolta alla violenza di inconfessabili «metodi speciali»[101] che sarebbero poi venuti a galla. Pochi giorni dopo frammenti di un Dc 9 Itavia e corpi spogli affioravano dalle acque di Ustica, mentre il 2 agosto una bomba alla stazione centrale di Bologna lasciava senza vita ottantaquattro persone e

[97] L. Berlinguer, *Le reazioni alla sparatoria di Genova*, in «l'Unità», 1° aprile 1980, pp. 1 e 18.

[98] V. Rognoni, *Intervista sul terrorismo*, a cura di G. De Carli, Roma-Bari 1989, p. 80.

[99] Si veda, da ultimo, R. Colozza, *L'affaire 7 aprile. Un caso giudiziario tra anni di piombo e terrorismo globale*, Torino 2023.

[100] *A nostro modesto giudizio*, in «l'Espresso», a. XXVI, n. 25, 22 giugno 1980, pp. 30-47, 191-194.

[101] Fra i primi a subire le torture somministrate da una squadra speciale della polizia legata soprattutto al caso Dozier, il nappista Alberto Buonoconto moriva suicida a Napoli il 20 dicembre 1980. Cfr. F. Rame, *Alberto Buonoconto, 7.8.1953 20.12.1980*, F.R. Edizioni, 1984.

ne feriva duecento. In quella sala d'aspetto sventrata, fra carrozze divelte e macerie, andava in replica il dramma senza soluzione di Jemolo, alla disperata ricerca di nuovi tenaci interpreti.

Forca, rogo, taglio della testa o delle mani. Ai tanti che, inciampando nelle «speculazioni politiche subito imbastite dalla destra», si dicevano pronti a riesumare «tutto l'arsenale dei supplizi in auge nella pratica medievale», Ennio Amodio replicava che «la prontezza della repressione», non la fuga dalle sanzioni ordinarie, appagava il bisogno lacerato di difesa sociale, molto più «di qualsiasi incrudelimento della pena». L'ergastolo era così estremo nel sacrificare la vita di un uomo, che difficilmente si poteva immaginare una maggiore afflizione, anche per le «offese più atroci» subìte dalla collettività. Se realisticamente si voleva risolvere «l'aritmetica del terrore», la risposta istituzionale doveva fuggire il comprensibile istinto «quasi animalesco» della piazza, perseverando sulla linea da poco esplorata con la recente legge antiterrorismo. Gli ultimi «mezzi speciali», dalle «taglie» alle diminuzioni di pena per i terroristi dissociati, in mano a magistrati con poteri estesi ma sorvegliati in sede parlamentare, erano sufficienti a «rendere spedite e proficue le indagini». I successi finalmente riscossi su quanti abbattevano uomini dello Stato simulando condanne da tribunale rivoluzionario parlavano chiaro. Lo stesso non poteva dirsi per coloro che, invece, allungando la coda delle stragi, si accanivano su «anonimi spettatori della vita istituzionale»[102]. Anzi, era proprio il contrasto stridente con «la più desolante inefficienza preventiva e repressiva» contro l'eversione nera, come pure la diffusa assuefazione alla violenza, che, secondo Neppi Modona su «la Repubblica», istigavano l'isteria collettiva della pena capitale. Assunta a bersaglio di comodo, questa era capace di «acquietare temporaneamente», come nelle peggiori «grida manzoniane», la frustrazione e l'impotenza della gente abbassandone però la soglia dell'attenzione sui «problemi reali della lotta al terrorismo»[103]. E le grida manzoniane erano «lo sport nazionale», ironizzava l'ex presidente dell'Associazione nazionale magistrati Adolfo Beria di Argentine in risposta al giornalista Montanelli disposto, dal canto suo, ad avallare tutte le obiezioni possibili alla pena di morte, ma «in uno stato normale». Di fronte ai fatti di Bologna, bisognava «fare un'eccezione» e mostrare «la maniera forte». La strage chiamava il capestro, se non si

[102] E. Amodio, *A chi invoca, dopo Bologna, la pena di morte. La risposta corretta è la pronta punizione*, in «Il Giorno», 8 agosto 1980, p. 5.

[103] G. Neppi Modona, *L'inutile spauracchio della pena di morte*, in «la Repubblica», 12 agosto 1980, p. 6.

voleva a propria volta morire «per eccesso di garantismo»[104]. Dei risultati raggiunti su alcuni gruppi armati o eversivi era consapevole anche Luigi Berlinguer firmando un suo editoriale per «Democrazia e diritto». Forse, però, non si era riflettuto abbastanza, specie fra i giuristi con a cuore le sorti del movimento operaio, abbacinati proprio da quella visione «esasperatamente garantista ed individualistica» che, guardando allo stato come ad un nemico, ignorava «la carica di violenza» pulsante fra gli uomini. Anche per questo, nelle inquiete strade notturne, la vita di un uomo poteva non valere «un nichelino», di contro al «killer professionista» celebrato ai limiti dell'eroismo. Perciò occorreva più che mai impegnarsi, senza perdere la testa, perché fossero rispettate «le regole del gioco». A piegare il «terrorismo controrivoluzionario» sarebbe stata «la superiorità del metodo democratico», non la strisciante «militarizzazione»[105]. Salvo complicazioni.

Mentre, infatti, la cultura giuridica si preparava a divulgare ancora una volta formule di razionalità e umanità, le Brigate Rosse festeggiavano il loro ultimo dell'anno assassinando a Roma il generale dei carabinieri Enrico Galvaligi, prossimo a dirigere su segnalazione di Dalla Chiesa l'Ufficio coordinamento per la sicurezza delle carceri[106]. Era, quella dell'organizzazione, una reazione alla repressione di una rivolta insorta nel super-carcere di Trani, nell'ultima strategia che, tenendo in ostaggio dal 12 dicembre il giudice Giovanni D'Urso responsabile dell'Ufficio detenuti dell'Amministrazione penitenziaria, legava lotta armata e istituti di pena. Nei trentacinque giorni del sequestro, scanditi come un duplicato del caso Moro ma con i fronti della fermezza e della trattativa spostati soprattutto sugli organi di informazione[107], la stampa di destra vedeva l'ombra della

[104] G. Forti, *Italia/Ci vuole la pena di morte? Quando la strage chiama il capestro*, in «l'Europeo», a. XXXVI, n. 34, 19 agosto 1980, pp. 12-13. Sul giurista torinese, cfr. V. Zagrebelski, *Beria di Argentine, Adolfo*, in DBGI, vol. I, pp. 226-227.

[105] L. Berlinguer, *Editoriale*, in «Democrazia e diritto», 20 (1980), pp. 173-177.

[106] M. Gotor, *Il memoriale della Repubblica. Gli scritti di Aldo Moro dalla prigionia e l'anatomia del potere italiano*, Torino 2020, p. 112. È bene ricordare che, nel 1977, per tamponare le frequenti evasioni e rivolte, fra le polemiche sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario, il governo incaricava il generale Dalla Chiesa della sicurezza esterna nelle carceri e creava, quale istituzione parallela sul livello eccezionale di legalità, le carceri speciali o di massima sicurezza.

[107] Col sequestro del magistrato, le Br si proponevano di ottenere la chiusura delle carceri speciali, in particolare gli istituti dell'Asinara e di Palmi. La richiesta, poi, alle principali testate di pubblicare un loro comunicato in cambio della sua liberazione poneva il divisivo dilemma fra l'impagabile salvezza di un uomo e la difesa della libertà di stampa. Sul punto interveniva, fra gli altri, S. Rodotà, *Non c'è bisogno di nuove leggi,* in «Panorama», XIX, n. 770, 19 gennaio 1981, p. 43.

resa allungarsi su uno Stato «umanitarissimo» nel risparmiare ai suoi nemici in armi il meritato castigo, ma senza scrupoli nel tollerare «lo stillicidio»[108] dei suoi uomini e dei suoi stessi cittadini. Se i terroristi avessero voluto realmente la *guerra*, avrebbe commentato Montanelli registrando la voce della strada, *guerra* avrebbe dovuto essere («guerra sia»), a cominciare dalla ferma applicazione delle norme valide per il tempo di guerra, con rappresaglie e plotoni d'esecuzione. I brigatisti tenevano prigioniero il giudice, «uomo vero, fra tanti vermi e topi di fogna». Ma lo Stato tratteneva nelle sue carceri centinaia di terroristi, anche di spicco. Bastava prenderne quanti la legge di guerra consentiva e dire chiaro che «le loro teste» avrebbero risposto di quella di D'Urso. Certo, per il direttore de «il Giornale», la tesi trascritta della pubblica opinione non era condivisibile fino in fondo. Metteva, però, in guardia dal sottovalutarne «la suggestione». D'altra parte, era già pronto chi, come Almirante, aveva preso a cavalcarla invocando la legge marziale e con quella la pena di morte. Non era difficile prevedere che, di fronte a una democrazia salda forse per certi giuristi ma nei fatti «disarmata e capitolarda», buona solo a baloccarsi con le parole, l'iniziativa missina rischiasse per l'ottimo «fiuto» di coagulare «un'infinità di consensi»[109].

Poco smuovevano i «cattivi pensieri» di Luigi Firpo, fra le intelligenze nuove indicate a suo tempo da Jemolo in un ideale passaggio di testimone. Ai funerali di Galvaligi a Roma, appena fuori la basilica dei SS. Apostoli, «nella penombra sacrale», la folla esasperata invocava perentoria «l'esecuzione capitale» degli assassini politici, magari preceduta dalla loro tortura per «estorcere nomi di complici e di mandanti, indirizzi e covi». Da lì in avanti, a ogni nuovo omicidio, si sarebbe dovuto pescare a sorte nelle carceri un terrorista e impiccarlo sul luogo del delitto. Poco poteva contro tali reazioni la storia, fosse Beccaria o Enrico VIII d'Inghilterra che, per tutti i ladri fatti impiccare, invece di ridurre i furti, si ritrovò con un numero doppio di omicidi[110]. O, almeno, non era quella la storia che in maggioranza gli italiani volevano ascoltare. Il ricordo alla Camera del generale ucciso quale «partigiano di purissima fede»[111] nei giorni in cui il ricatto mosso alla stampa dai carcerieri di D'Urso veniva accostato alle rappresaglie naziste, suonava per i padri come un doveroso richiamo ad

[108] *Il vile assassinio del generale dei carabinieri Galvaligi conferma che siamo in guerra. Pena di morte contro gli assassini*, in «Secolo d'Italia», 2 gennaio 1981, p. 1.

[109] I. Montanelli, *Uomini e topi*, in «il Giornale», 6 gennaio 1981.

[110] L. Firpo, *Cattivi Pensieri. Dei delitti e delle pene*, in «La Stampa», 4 gennaio 1981, p. 2.

[111] Nelle parole del ministro della giustizia Sarti. Vedile in Atti Parlamentari, Camera dei deputati, VIII Legislatura – Discussioni, 9 gennaio 1981, p. 22041.

imbracciare di nuovo le armi della Resistenza in difesa della loro Repubblica assediata dai figli degeneri. Stavolta, però, rovesciando i ruoli, la storia avrebbe fatto eccezione a se stessa portando nei comitati di liberazione dal terrorismo chi la Resistenza, quella vera, l'aveva osteggiata. Il 4 gennaio, davanti a duemilacinquecento persone radunate in un cinema napoletano, il segretario Almirante annunciava che il Msi avrebbe intrapreso una raccolta di firme su tutto il territorio nazionale per richiedere una legge sulla pena di morte[112].

Qualche giorno dopo, il 9 gennaio, il testo della annunciata petizione popolare, questa la forma scelta per l'iniziativa, campeggiava con un titolo a effetto sulla prima pagina del «Secolo d'Italia»[113]. A norma dell'art. 50 della Costituzione, firmando, i cittadini italiani si rivolgevano alle Camere, al Presidente della Repubblica e al Governo affinché fosse deliberato e dichiarato lo stato di guerra in quelle aree del paese dov'era necessario «combattere ed eliminare» il terrorismo secondo il Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza, lasciando che fossero i tribunali militari a giudicare le persone imputate di delitti contro la personalità dello Stato e che, in applicazione dell'art. 27 della stessa Costituzione, venisse comminata la pena capitale nei casi previsti dalle leggi militari di guerra anche in tempo di pace. Dunque, non un referendum, tecnicamente impossibile essendo ammesso solo quello abrogativo di leggi, né una proposta di legge di iniziativa popolare, esposta, malgrado la soglia agile di cinquantamila firme, a insabbiature del Parlamento. Ma neanche alcun debordamento dalla Carta fondamentale. La posta in gioco era alta, soprattutto dopo la rivendicata matrice neofascista della strage di Bologna. E, abbandonando il rituale scontro fisico e di piazza per un dialogo diretto con l'opinione pubblica secondo modalità simili a quelle del concorrente Partito radicale[114], il Msi si presentava come l'unica forza politica realmente interessata a rovesciare, in nome delle leggi vigenti, la logica della legislazione penale emergenziale, ferma al dibattito sulla proroga del discusso fermo di polizia, aggredendone la recente svolta clemenziale. Al giornalista de «Il Tempo» che lo intervistava obiettando come la sanzione capitale, per la sua irreparabilità,

[112] *Almirante lo ha annunciato a Napoli. Il Msi raccoglie le firme per la pena di morte*, in «Il Giorno», 5 gennaio 1981.

[113] *Il MSI-DN lancia il plebiscito per la pena capitale contro i terroristi. Ogni firma in più, una pallottola in meno per il terrorismo assassino. Morte alla morte perché vinca la vita*, in «Secolo d'Italia», 9 gennaio 1981.

[114] P. Ignazi, *Il polo escluso. La fiamma che non si spegne: da Almirante a Meloni*, Bologna 2023, pp. 211-213.

rischiasse al contrario di incentivare le collaborazioni e gli sconti di pena, Almirante si diceva disgustato dalla «campagna di presunti o pretesi giuristi in favore dei terroristi pentiti». I delatori erano sempre esistiti. E restavano indubbiamente utili, come utile e necessaria era «la spazzatura». Lo Stato se ne servisse pure pagando «il prezzo pattuito», ma senza associare in alcun modo «il diritto, la legge» a personaggi di simile tacca. La dichiarata «guerra al terrorismo» non ammetteva più «inerzie, lacune, tentennamenti»[115]. E il pronunciamento popolare di sicuro successo lo avrebbe tempestivamente rivelato. Del resto, una firma idealmente era già stata raccolta: quella della signora D'Urso che, sfidando il *blackout* della stampa, lanciava col sostegno dei radicali un appello televisivo ai brigatisti per la liberazione del marito. Erano i primi sfocati cenni di una rivalità, quella fra Msi e Pr, che avrebbe segnato molta parte di questa vicenda.

I pronostici da plebiscito, però, parevano non turbare. D'altra parte, il boia non piaceva neanche a tutta la destra. Non piaceva a Pino Rauti, antagonista del segretario, per il quale le misure militari proposte potevano ripercuotersi come «frecce micidiali» sui camerati, sfruttate «a scopo persecutorio» da uno Stato che «il terrorismo rosso», lungi dal destabilizzare, stabilizzava in «un meccanismo perverso»[116] accelerandone l'atteso disfacimento. Non piaceva soprattutto ai giovani dirigenti del partito su cui Almirante contava molto e che, invece, raccogliendosi nell'area della Nuova Destra, a metà fra la corrente politica rautiana e quella culturale del francese Alain De Benoist, vedevano nella campagna per la pena di morte una minaccia alle «possibilità di dialogo» da poco raggiunte con i coetanei di sinistra e tese a smuovere l'ambiente neofascista dai suoi «vecchi miti nostalgici»[117]. Anche a sinistra, si contavano poche e timide avvisaglie di reazione. Su «la Repubblica», più che dalla farneticante iniziativa missina, Neppi Modona era preoccupato dalle proposte del senatore repubblicano Leo Valiani condivise da diverse forze politiche, malgrado dubbi di efficienza e costituzionalità. Radunare i processi contro i terroristi in poche sedi giudiziarie, se non consentiva di configurare dei veri e propri tribunali speciali, di sicuro violava il principio del giudice naturale precostituito per legge. Insistere sulla carcerazione preventiva

[115] *Il MSI-DN lancia la campagna per la legge d'iniziativa popolare. Almirante: "siamo in guerra e ci vuole la pena di morte"*, in «Il Tempo», 8 gennaio 1981, p. 15.

[116] *Pino Rauti. Un dibattito vivo e costruttivo in un Movimento proteso all'offensiva*, in «Secolo d'Italia», 27 gennaio 1981.

[117] *Anche a destra il boia non piace*, in «Panorama», a. XIX, n. 775, 23 febbraio 1981, p. 45.

ignorava termini già dilatati: gli stessi per cui gli imputati del *7 aprile*, a due anni dagli arresti, attendevano ancora il dibattimento quale «essenziale momento di verifica democratica delle accuse». Per non parlare, poi, del fermo di polizia confutato nella sua utilità dalle stesse relazioni del ministro dell'interno al Parlamento. Ognuna delle proposte avanzate mostrava una falla, ma tutte insieme parevano rispondere a un meditato progetto di graduale «militarizzazione della risposta istituzionale al terrorismo»[118], pericoloso corollario della stessa retorica brigatista inneggiante alla guerra. Da parte sua, Giuseppe Branca immaginava per «Il Messaggero» un arguto dialogo fra il tiranno di Francia Napoleone e il campione della democrazia americana Madison: l'uno favorevole alla pena capitale, l'altro assertore della sua completa inefficacia deterrente[119]. Ma il 1967, quando Nuvolone su «L'indice penale» intrecciava diritto e romanzi per sensibilizzare la gente comune, era lontano. Qualcosa della letteratura contemporanea, al crocevia fra scrittura e impegno politico, era andato perso con l'assassinio di Moro, assieme all'idea di un drastico cambiamento nel sistema capitalistico occidentale. Nuove inaspettate circostanze, però, sopraggiungevano a dare una prima virata al dibattito pubblico, anche fra le file dei giuristi. Chi pensava che ai tavoli per le firme si sarebbero accostati solo «vecchi generali in pensione e signore impellicciate» doveva ricredersi. Col passare dei giorni, i firmatari apparivano numerosi e non solo nella romana via Frattina, ma nella Bologna rossa del sindaco Zangheri colpita dalla strage, nella Toscana partigiana, nella Genova operaia di Guido Rossa: «città non sospettabili di connivenza con i fascisti»[120]. Firmavano anche tanti cattolici, persuasi dalla propaganda che la pena di morte, oltre a non contraddire la morale cristiana, segnasse una svolta per la vita[121]. Poi, a rompere un anonimato comunque rassicurante, la stampa di destra diffondeva i primi nomi eccellenti, impegnati nei più diversi settori della vita civile e animati dai più diversi orientamenti politici: da Giancarlo Matteotti, figlio del deputato socialista ucciso dalla violenza fascista, al giudice Mario Sossi sul quale nel 1974 i brigatisti avevano collaudato «il triste e lugubre copione»[122]

[118] G. Neppi Modona, *La nostra risposta alle Brigate*, in «la Repubblica», 10 gennaio 1981, p. 6.

[119] G. Branca, *Un'idea napoleonica su carceri e tribunali*, in «Il Messaggero», 23 gennaio 1981, p. 2.

[120] R. Di Rienzo, *A morte, a morte!*, in «l'Espresso», a. XXVII, n. 7, 22 febbraio 1981, p. 7.

[121] *Dichiarare guerra al terrorismo. La pena di morte non contraddice la morale cristiana*, in «Secolo d'Italia», 31 gennaio 1981, p. 3.

[122] *Petizione: l'adesione del magistrato sequestrato dalle Br. Ha firmato anche Sossi*, in

dei sequestri politici. Veniva così dimostrata la trasversalità della campagna missina, neutra rifrazione di un sentimento nazionale diffuso che univa tutti: cattolici, antifascisti e persino uomini di legge.

Un po' tramortita, la cultura giuridica reagiva interrogandosi intanto sulle ragioni del largo consenso che l'iniziativa guadagnava giornalmente. Se l'infaticabile Neppi Modona, su «la Repubblica», scorgeva negli occhi dei firmatari il desiderio inconfessato di sostituire i militari a un governo incapace e corrotto, così da attribuire a organi politicamente irresponsabili la conduzione della lotta al terrorismo[123], dalle pagine de «l'Unità» Luciano Violante aggiungeva altri pesi sul piatto delle responsabilità. Le precarie condizioni della convivenza civile, le incertezze dell'azione governativa sui temi della sicurezza collettiva, le impunità spesso concesse a corrotti e a terroristi, restituivano tutte la sensazione di una classe politica incurante della tranquillità dei cittadini[124]. Più indulgente, Vittorio Grevi intervenendo su «Il Giorno» dava al governo e a tutte le forze democratiche «una ragione di più» per screditare la petizione missina: dichiarare lo stato di guerra in via preliminare all'applicazione della pena capitale avrebbe significato riconoscere ai terroristi un ruolo di belligeranti perfettamente compatibile con le loro aspettative. Così, non solo ne sarebbero usciti quasi al pari di «eroi caduti nel corso di una guerra», ma con in più il vanto di aver costretto gli italiani «ad imbarbarire»[125] l'ordinamento. Peggio ancora se, a mostrare segni di imbarbarimento e a subire il ricatto della paura, era una parte d'Italia decisamente più insospettabile di quella sorpresa fra le prime adesioni eccellenti.

Le firme si contavano già a centinaia di migliaia quando, nel primo pomeriggio di lunedì 9 febbraio, Massimo Mila, apprezzato musicologo vicino al Pci ma anche ex partigiano amico di Cesare Pavese, Franco Antonicelli e Norberto Bobbio, consegnava personalmente alla redazione de «La Stampa» un articolo insolito. L'assemblea dei giornalisti, pur dissociandosi dal suo contenuto, per spirito democratico sceglieva comunque di pubblicare il pezzo, che usciva in terza pagina il mercoledì successivo. Quel giorno i lettori tenevano fra le mani non la solita critica musicale, ma una critica aspra a un editoriale di Alessandro Galante Garrone apparso la domenica prima sullo stesso quotidiano torinese.

«Secolo d'Italia», 5 febbraio 1981, pp. 1, 12.

[123] G. Neppi Modona, *A chi serve la pena di morte*, in «la Repubblica», 5 febbraio 1981, p. 8.

[124] L. Violante, *Il tragico imbroglio della pena di morte*, in «l'Unità», 8 febbraio 1981, p. 1.

[125] V. Grevi, *Perché dire "no" alla pena di morte*, in «Il Giorno», 8 febbraio 1981, p. 7. Su si lui, cfr. L. Giuliani, *Grevi, Vittorio*, in DBGI, vol. I, pp. 1065-1066.

Lo «Stato giusto» evocato dallo storico vercellese, capace di sopraffare il «crescente imbarbarimento» per forza, efficienza e rigore, senza cedere al più isterico e tirannico arbitrio[126], appariva invece al musicologo uno «Stato ingiusto». A chi come lui travalicasse «considerazioni d'ordine metafisico», la pena di morte, circondata beninteso «di mille cautele», esprimeva «un debito di pura giustizia». La qualità della «Giustizia» non andava misurata col favolistico bilancino della deterrenza. Nessuno credeva realmente che servissero a qualcosa l'ergastolo o trent'anni di galera. Come «necessità del vivere civile», essa presiedeva a una funzione che, servisse o no, andava comunque svolta per preservare «un equilibrio di delitto e castigo», un principio di equità, questo sì, «*sacro*». Le normali regole di convivenza erano state sovvertite, dunque occorreva, per una sorta di adeguamento logico, innalzare anche il limite massimo delle pene. L'ergastolo andava bene per la moglie che, reagendo alle vessazioni di una vita, uccidesse il marito «turpe, sadico, crudele», con dosi di arsenico nella minestra quotidiana. Non certo per «quattro scalzacani» che mettevano bombe in una stazione in preda a «ideologie cretine» ammazzando ottanta sconosciuti: fucilati alla schiena, piuttosto, se non si voleva arridere alla «giustizia di Caino», sempre se sorpresi «con le mani nel sacco» e senza la più sottile ombra «di errore giudiziario». Era un vero peccato che «una causa tanto giusta» fosse lasciata ai missini per effetto di «superstizioni» sempre disattese, al minimo cenno di comodità, dalle istituzioni[127].

L'articolo di Mila diventava, così, un manifesto per quanti, pur non firmando la petizione, ritenevano che lo schieramento della fermezza dovesse ormai valicare la sponda carsica della pena capitale. I fascisti andavano isolati, dichiarava lo storico Rosario Romeo, di modo che i democratici facessero propria una proposta altrimenti spogliata di motivazioni e garanzie coerenti con una società civile. In fondo, tutti continuavano ad avere sotto gli occhi il tragico rapimento di Cristina Mazzotti. Certo, da allora, il partito armato era «in crisi ma non sconfitto». Forse, la pena di morte poteva assestargli «il colpo decisivo»[128]. Il dado era tratto. Ma, sull'altra riva, gli scrittori erano i primi a ridestarsi dal confuso torpore. La polemica si firmava per nome:

[126] A. Galante Garrone, *Contro la pena di morte. Lo Stato giusto*, in «La Stampa», 8 febbraio 1981, p. 1.

[127] M. Mila, *Massimo Mila risponde a Alessandro Galante Garrone. Pena di morte: lo Stato ingiusto*, in «La Stampa», 11 febbraio 1981, p. 3.

[128] R. Di Rienzo, *A morte, a morte!*, cit., p. 8.

Levi[129], Ginzburg, Moravia[130], Sciascia[131]. Persino Calvino, in un articolo di spalla su «Repubblica», tornava a vagare incredulo come lo straniero del suo relitto di romanzo fra decapitazioni e forche, boia e manutengoli, in uno spazio sospeso di «*festa popolare*», su reliquie truculente, ma allegre, di un tempo antico oggigiorno irrappresentabile. La sensibilità per la sofferenza umana e per i diritti della persona aveva fatto maturare una strana pietà che faceva dell'esecuzione capitale «una cerimonia segreta» da inumare fra gli scheletri della vergogna[132]. Alla «grande sagra della morte» si richiamava anche, ma col rovescio della provocazione, Umberto Eco. Per stemperare la «voglia di morte» rovente di quei giorni, invitava i giovani a portarsi per le vie cittadine con ceri e cappucci neri. A sollevare, in lugubre processione, cartelli in cui, fra streghe arse vive, schiene crivellate, teste troncate al taglio della ghigliottina, facce asfissiate nelle camere a gas, tornassero a levarsi gli spettri di Moro, Bachelet, Tobagi, Alessandrini. A testimoniare, nel più sgradevole dei rituali, «lo schifo della morte provocata ad arte in nome di una qualsiasi giustizia»[133]. Qualche giorno dopo, a Bologna, alcuni studenti universitari prendevano Eco in parola e, con l'aiuto di un professore, inscenavano poco lontano dagli affollati banchini missini tappezzati di foto con i loro *martiri* una pedagogica esecuzione alla francese[134]. Intanto, a Milano, nella piazza intitolata a Beccaria dove nei giorni appena passati il partito armato aveva «giustiziato» il direttore sanitario del Policlinico Luigi Marangoni e dove si diceva che un tempo avesse casa il boia cittadino, gli altoparlanti diffondevano brani del *Dei delitti e delle pene* scanditi dalla voce di Giorgio Strehler[135].

---

[129] L'intervento di Primo Levi e quello di Natalia Ginzburg venivano raccolti nell'articolo, a firma di Salvatore Tropea, *L'Italia della paura*, in «la Repubblica», 12 febbraio 1981, pp. 1, 3.

[130] Il parere di Alberto Moravia, contrapposto a quello di Guido Ceronetti, era pubblicato nel pezzo di Renzo di Rienzo, *A morte, a morte!*, cit., pp. 8-9.

[131] L. Sciascia, *Sciascia risponde a Massimo Mila. "Trovo incredibile che in Italia si torni a parlare di questo". "Anche se molti la vogliono, io dico che la pena di morte è il più orrendo dei crimini"*, in «la Repubblica», 13 febbraio 1981, p. 3.

[132] I. Calvino, *La Giustizia e il taglione*, in «la Repubblica», 12 febbraio 1981, p. 1, 3.

[133] U. Eco, *Ma perché questa voglia di morte?*, in «la Repubblica», 14 febbraio 1981, pp. 1-2.

[134] M. Marozzi, *Contro la pena di morte ghigliottine in piazza, falsi boia e tanto orrore*, in «la Repubblica», 17 febbraio 1981, p. 5.

[135] P. V. Scorti, *La barbarie della pena di morte non tornerà con petizioni "popolari". Il boia di Milano aveva casa nella attuale piazza Beccaria*, in «Avanti!», 19 febbraio 1981, p. 16.

Ma anche i giuristi, tornati più taglienti ad aggredire il «rito barbaro e inutile»[136] esorcizzato nelle piazze, avevano stoffa letteraria da vendere. Ne aveva Alberto Dall'Ora che, sulla falsariga di un articolo pubblicato al tempo della legge Reale dall'avvocato Mauro Mellini[137], annunciava un «Medioevo prossimo venturo», immaginando quel che sarebbe accaduto in Italia se la campagna sulla pena capitale ignominiosamente accostata dal Msi al ritratto di Guido Galli avesse registrato un esito positivo. Per approvare la legge carpita al popolo con «strumentario fumettistico» sarebbero occorsi minimo dieci anni e altrettanti sarebbero scivolati via a scegliere fra gas, impiccagione, sedia elettrica, fucilazione, ghigliottina o garrota. L'ultimo desiderio del condannato, annunciato naturalmente via etere, rimbalzando da un canale all'altro, avrebbe procurato un formidabile ritorno pubblicitario al partito armato e sollecitato il divisivo intervento dell'autorità religiosa, con spaccatura dei partiti e richiesta di grazia fatta pervenire dai familiari al Capo dello Stato. Cupa realtà o distopica fantasia, stava alla società e alle istituzioni deciderlo, disertando quella «dichiarazione di guerra», reagendo «senza isterismi», «con calma convinzione» e, soprattutto, difendendo un primato della ragione inscritto a chiare lettere nella Carta. La pena di morte, semplicemente, «non è ammessa»[138]. Dall'Ora, però, dimenticava di citare al lettore de «Il Giorno» l'altra metà sdrucciolevole dell'enunciato costituzionale. Glielo ricordava, da non giurista ma con note di disincanto, Domenico Bartoli su «il Giornale». Era esclusa la pena capitale, sì, ma «non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra». Un'«eccezione per eccezioni», quindi. Nessun fraintendimento. Il principio generale, dove si coagulava tutta «la ripugnanza per il tetro cerimoniale dell'esecuzione», doveva restare «ben saldo». Tuttavia, disconoscere la possibilità di casi eccezionali pure in tempi di pace assimilabili per gravità allo stato di guerra, non significava forse anche lì inventare, *letterariamente*, «un mondo diverso»[139] da quello esistente?

Nell'immaginare la controreplica, i giuristi intuivano allora che alla gente una cosa almeno doveva essere chiara. Nessuna evocata realtà di guerra si agitava dietro l'inutile spauracchio della pena di morte, solo

[136] S. Rodotà, *Rito barbaro e inutile*, in «Panorama», a. XIX, n. 774, 16 febbraio 1981, p. 57.

[137] M. Mellini, *E appena la legge sarà approvata…*, in «l'Espresso», XXI, n. 19, 11 maggio 1975, pp. 19-21.

[138] A. Dall'Ora, *Immaginiamo le conseguenze che potrebbe provocare l'iniziativa del Msi (e altri). Pena di morte: se passa ecco che cosa accadrà*, in «Il Giorno», 14 febbraio 1981, p. 1.

[139] D. Bartoli, *La pena di morte. Eccezione per eccezioni*, in «il Giornale», 14 febbraio 1981, p. 1.

un tragico imbroglio da smascherare, ora più che mai. La strepitosa adesione alla pubblica iniziativa di un partito politico era ben altro di una risposta data nell'anonimato ai sondaggi di qualche anno fa. Si dividevano così, idealmente, i compiti per denunciare le due vere intenzioni che subdolamente la destra andava perseguendo cavalcando, «ognuno fa il mestiere che sa»[140], la surriscaldata emotività del paese: imprimere, militarizzando la risposta istituzionale al terrorismo, quella svolta autoritaria da tempo inseguita fra tentati *golpe* e stragi, da un lato, far naufragare il referendum proposto dai radicali sull'abolizione dell'ergastolo, dall'altro. La letteratura, con le pagine «vive» di Vittorini, tornava a braccetto del giurista. Da «l'Unità», Ramat impartiva a quanti relativizzassero *manu militari* il divieto costituzionale della condanna capitale una densa lezione storica. «*Castrensis iurisdictio obtusior*», scriveva Tacito. La giustizia militare di guerra era «più ottusa». Andava, cioè, «per le spicce», colpendo quando e dove poteva «esemplarmente», con terrore. E per i poco avvezzi agli esempi della classicità bastava lumeggiare, con un recente libro alla mano, l'altra faccia negletta della Grande Guerra quando sui fronti di scontro si eseguiva l'uccisione di milioni di uomini, mentre nelle retrovie una strage *minore* decimava renitenti, imboscati e disertori. «Moltissimo guerra, pochissimo giustizia». Non poteva essere «questa (giustizia di) guerra il modello ideale»[141] per sconfiggere il terrorismo. Volutamente più tecnica, invece, «per una più esatta conoscenza da parte dei cittadini», la risposta che Erminio Pennacchini articolava su «Il Tempo». Se l'obiettivo del Msi, con la petizione popolare, era stato semplicemente quello di attirare l'attenzione istituzionale sul problema, anche al netto di qualunque strumentalizzazione politica, la campagna si stava rivelando senza dubbio incisiva. In tutto ciò, però, la pena di morte restava un malcerto specchietto per le allodole. In termini giuridici, il suo ripristino presupponeva una revisione costituzionale che sopprimesse l'ultimo comma dell'art. 27. Preclusa la via referendaria, non era rimasto ai missini che invocare le leggi militari di guerra, peraltro poco o nulla applicabili alle situazioni per le quali la gente accorreva in massa a firmare. Non solo, infatti, le Camere non potevano dichiarare lo stato di guerra nei riguardi di una criminalità efferata e di un terrorismo privi della personalità giuridica necessaria a qualificarli come stati belligeranti. Ma anche a voler instillare, secondo l'art. 5 c.p.m., la legge penale militare di guerra in precise aree

[140] A. Galante Garrone, *Contro la pena di morte. Lo Stato giusto*, cit.

[141] M. Ramat, *I nostalgici dell'ottusa «giustizia» di guerra*, in «l'Unità», 14 febbraio 1981, pp. 1, 16.

del territorio nazionale, pure in condizioni di pace, per urgente e assoluta necessità, la pena capitale restava comunque circoscritta ai reati previsti dalle leggi militari di guerra evocate in Costituzione: tradimento, attentato al comandante supremo, spionaggio. Non certo i fatti che di recente più avevano emozionato una pubblica opinione sempre solerte a «scorticar vivi gli autori di atroci crimini al momento della commissione», ma parimenti pronta a lanciare appelli e cortei per licenziare il boia «al momento della condanna»[142].

Del resto, in quel polemico febbraio 1981, non era infrequente veder pervenire alle redazioni dei giornali voci «di lettori urbanamente dissenzienti»[143] dalle ragioni del 'no' tremendamente *pragmatiche*: fra il notevole risparmio di denaro e di vite al prezzo stracciato di una camera a gas e le «controindicazioni» minime per un suicidio in massa dei terroristi, «alla tedesca». E mentre Giovanni Silvestro Coco, rivolgendosi a un'opinione pubblica «condizionata da passioni distorte e risentimenti irrazionali», insisteva di nuovo sulla fallace «enunciazione dello stato di guerra civile» propedeutico solo alla «dichiarazione di fallimento dello Stato democratico»[144] con un grosso regalo ai terroristi, su «La Stampa» Giovanni Conso prendeva infine a dipanare l'altro filo sottile della demagogica tela missina. In realtà, a sciogliere il nodo subdolo fra pena di morte e carcere a vita, era già intervenuto qualche giorno prima un articolo di Roberto Villetti sull'«Avanti!» nello sforzo di far capire alla gente come per il partito armato fosse più pericoloso il pentimento e non la decapitazione di un compagno o l'ergastolo: morte fisica in un caso, morte civile nell'altro[145]. Il consigliere ripartiva invece da irrinunciabili premesse giuridiche. Ora, la campagna di Almirante non lasciava spazio a un referendum abrogativo, ammissibile solo se rivolto contro leggi ordinarie purché con contenuto non costituzionalmente vincolante. Parimenti escludeva una proposta di legge a iniziativa popolare, limitata comunque alla legislazione ordinaria. Se anche le firme fossero state raccolte in numero altisonante, difficilmente il Parlamento avrebbe azionato per il ripristino della pena capitale il complesso meccanismo di revisione costituzionale: quella sorta

[142] E. Pennacchini, *Una precisa tecnico-giuridica. Rivivrà la pena di morte?*, in «Il Tempo», 20 febbraio 1981, p. 2.

[143] L. Firpo, *Cattivi Pensieri. Le ragioni assolute di un «no»*, in «La Stampa», 15 febbraio 1981, p. 2.

[144] G.S. Coco, *Perché no alla pena di morte*, in «Il Popolo», 15 febbraio 1981, p. 1.

[145] R. Villetti, *Terrorismo e pena di morte: la fabbrica dei martiri*, in «Avanti!», 14 febbraio 1981, pp. 1, 4.

di «superlegge» costruita su un doppio intervento conforme delle Camere, di cui il secondo a maggioranza assoluta. Certo, ciò poteva non impedire ai parlamentari missini di presentare una proposta legislativa di revisione della Carta subordinata peraltro alla valutazione degli altri partiti, o di sfruttare ancora a lungo sul terreno politico quel che di fatto restava un sondaggio «come arma di facile dibattito» e «fattore di propaganda emotiva». A ogni modo restava un risultato troppo modesto non rapportabile alla mole di energie e parole spese. Tutto si chiariva ipotizzando «l'esistenza di uno scopo sottinteso, ma più concreto ed immediato». E cioè usare la «campagna pro pena di morte in funzione anti-ergastolo»[146], radunando in anticipo, fra i tanti italiani favorevoli al suo ripristino, altrettanti voti sfavorevoli garantiti all'abolizione della detenzione perpetua. Anche così, con la loro inutilità, le firme riuscivano a imbrogliare le carte, confondendo col pericoloso dibattito sulla pena di morte altri e più costruttivi problemi. Cercava di ricomporre il mazzo Nuvolone che, dopo gli ultimi sgomenti, con un titolo soffiato a Baudelaire, riportava indietro su «Il Tempo» le lancette della discussione. Il sequestro di persona, sulla cui lunga scia s'era non a caso tornato a parlare in Italia di pena capitale, pareva passato di colpo in secondo piano. Nessuno più rifletteva abbastanza sul fatto che, ad alimentare quell'industria, erano in realtà dissennate iniziative prese in nome della giustizia dallo Stato: uno Stato, oltretutto, privo di risorse e capacità tali da stabilire il vero grado di colpa degli imputati, dunque incompatibile, anche volendo, con la più irreparabile delle pene e verso cui il giurista bergamasco ribadiva la sua longeva contrarietà. Le radici del massimo fenomeno criminoso dagli anni del dopoguerra erano senza dubbio statuali. E correvano lunghe in profondità fino a provvedimenti sconsiderati come l'assegnazione al confino di capi o gregari della malavita. L'emigrazione massiccia dal meridione e dalle isole verso il triangolo industriale aveva fatto il resto, compattando le frange più emarginate con la delinquenza locale e i primi nuclei dell'eversione politica. Così, si era lasciato cadere il seme «nel terreno più adatto a far prosperare i fiori del male». Evidentemente, la vicenda, a suo tempo sensazionale, della banda Cavallero non aveva insegnato granché. Da allora, ad abbeverare la malapianta, provvedeva una lotta all'evasione fiscale che, combinata a un uso distorto della stampa e degli altri mezzi di informazione, aveva assunto di recente un carattere, questo sì, «di vero e proprio terrorismo». Gli elenchi dei contribuenti più facoltosi o dei redditi non conformi alle dichiarazioni presentate, con la pubblica «gogna» dei presunti evasori, si

[146] G. Conso, *Pena di morte. Le firme inutili*, in «La Stampa», 17 febbraio 1981, p. 1.

erano rivelati un prezioso canale conoscitivo per le anonime sequestri sugli obiettivi da colpire. Dunque, anziché pensare a un feroce e del tutto inutile mezzo repressivo, la società e le istituzioni dovevano piuttosto pensare «a non distribuire gratuitamente»[147] ai sequestratori notizie utili ai loro scopi delittuosi. La civiltà dello Stato, la sicurezza dei cittadini e la stessa prevenzione dei crimini ne avrebbero di certo giovato.

Demistificato a dovere, il «cosiddetto dibattito sulla pena di morte»[148] si congedava dal suo pubblico la sera del 25 febbraio 1981 nel teatro comunale di Moncalieri. Sul palco le ragioni del no e le ragioni del sì con Massimo Mila e Guido Neppi Modona si stringevano la mano alla presenza dell'avvocato e parlamentare del Pci Ugo Spagnoli. Nessuno arretrava dalla sua posizione, oltretutto ribadita dal musicologo in un altro fondo per «la Stampa»[149]. Ma il dibattito era stato corretto, «civilissimo, a dir poco», in una serata «davvero godibile e intelligente». L'unico, forse, a disagio in quella sede era il padre, ex comandante partigiano, di Roberto Sandalo, militante di Pl *pentito*. Rinnovando l'appello sull'amnistia per i delinquenti politici, domandava all'uditorio come mai oltre tremila ragazzi avessero «imbracciato il fucile contro lo Stato». Magari, la colpa non era tutta loro. Al padre che si riconciliava col figlio stracciando il mito mediatico della *Nuova Resistenza*, viatico al ripristino della pena capitale, Neppi Modona replicava negando «il colpo di spugna su tutto e per tutti» e limitando l'amnistia solo a quanti avessero dato «segni di autentico ravvedimento»[150]. Da lì, dal fronte scivoloso del *pentitismo*, ultimo atto di questa strana guerra mai dichiarata, i giuristi sarebbero ripartiti per un confronto fra i più divisivi, unito solo dalla comune e appassionata ricerca di «un diritto penale all'insegna della razionalità»[151]. La battaglia che si concludeva allora, però, con moto retrogrado di quotidiani e settimanali, lasciava sulla risacca del decennio una patina amara, di *riflusso*.

[147] P. Nuvolone, *Pubblicità fiscale e istigazione al reato. I fiori del male*, in «Il Tempo», 27 febbraio 1981, p. 1.

[148] Così, con toni anche piuttosto coloriti, G.D. Caiazza, *Dibattiti. Il cosiddetto dibattito sulla pena di morte*, in «Avanti!», 5 maggio 1981, p. 10.

[149] M. Mila, *Massimo Mila si spiega. La legge e il taglione*, in «La Stampa», 18 febbraio 1981, p. 3.

[150] *Civile confronto nel teatro di Moncalieri. Pena di morte: Mila dice «La penso come Beccaria»*, in «La Stampa», 25 febbraio 1981, p. 13. All'evento si riferiva anche A. Beria di Argentine, *La polemica sulla pena di morte. Cercare di eliminare le condizioni sociali che spingono al reato*, in «Corriere della Sera», 24 marzo 1981, p. 6.

[151] F. Stella, *Per un diritto penale all'insegna della razionalità. Intervista sulla risposta dello Stato all'eversione*, a cura di A. Cossu, in «Vita e pensiero», 64 (1981), pp. 61-65.

4. *Mutilare le propaggini: anche «Moro non escludeva la pena capitale»*

Certo, «un grosso sforzo di razionalità» era stato fin lì sostenuto dalla cultura giuridica «democratica», nel tentativo di rispondere «persuasivamente» ai dubbi della «gente comune», decorticandone «sentimenti e reazioni istintive». In punta di elzeviri e talvolta di suggestioni letterarie, l'iniziativa della destra era stata denudata nei suoi propositi reali. Si era cercato, con linguaggio semplice ma stilisticamente efficace, di spiegare all'opinione pubblica come la campagna missina stesse rincorrendo un alibi costituzionale chiedendo che venisse dichiarato lo stato di guerra interno quando, della guerra quale «fatto giuridico», non si registrava fra retorici rumori di fondo neppure l'eco. Inciampare nel tragico imbroglio della pena di morte avrebbe solo favorito i terroristi, consegnando loro il desiderato visto di «forze combattenti» e mistificare così le miserie di una criminalità politica che voleva essere, ma non era mai stata, un «esercito rivoluzionario». Sul tavolo delle firme, in una «partita importantissima», non erano solo in gioco le suggestioni affettive del capestro. Restavano anche, e soprattutto, in bilico le sorti di quel penale razionale che aveva trovato un polo ingegneristico impareggiabile nelle riviste *alternative* nate fra gli anni Sessanta e Settanta: a cominciare proprio da «Democrazia e diritto», sulle cui pagine Domenico Pulitanò stava appunto svolgendo queste considerazioni. Lungo un itinerario di ricerca avviato su nuovi e più promettenti sentieri di politica criminale, la pena di morte, col suo secolare coagulo di «concrezioni irrazionali», si frapponeva come «un blocco erratico» al moto fresco delle riforme. Deviata e frenata nella tormenta dell'emergenza da cumuli compatti di vecchie effigi del «taglione», quel movimento spontaneo poteva non vibrare lo slancio sufficiente a che l'idea giovane «dello scopo», base di un penale finalizzato alla risocializzazione, si sovrapponesse all'atavica idea di una giustizia punitiva fine a se stessa: «*sacrificale*» e vendicativa. A nutrire il rischio non era tanto la figura retorica del «siamo in guerra», quanto la studiata e provocatoria convergenza fra l'iniziativa del Msi e il confronto referendario sull'ergastolo. La richiesta radicale d'abrogazione, costretta a marciare al fianco dell'altra massima pena, non poteva che risultare intempestiva e debole, lasciando alle erinni una vittima sacrificale in più. Uccidendo la vita altrui, il reo avrebbe così continuato a sacrificare la sua di vita, in un sacrificio che aveva persino il tocco stregonesco di emulare l'eguaglianza formale e sostanziale delle persone, ma in un beffardo rovescio. Colpiti «con disuguale durezza», vecchi e giovani ne riuscivano eguagliati «nel dato

formale della sua definitività»[152]. Un carcere a morte, più che un carcere a vita, era quello sulla cui legale sopravvivenza gli italiani si sarebbero di lì a poco pronunciati.

Le linee progettuali della battaglia imminente venivano abbozzate. Ma il tempo, ripreso a vorticare nel mulinello incessante di sequestri e assassinii[153], stavolta non fu galantuomo. Il 17 maggio 1981 l'Italia quasi fuori dalla notte scura ma ancora insanguinata, sceglieva di non «tornare indietro»[154]: neppure sulla legge Cossiga e sull'ergastolo. A quel punto, con almeno un obiettivo su due incassato, l'involucro posticcio della «guerra guerreggiata» poteva anche scivolare verso la sua rimozione, senza far rumore. Calendarizzata all'ordine del giorno per il 22 febbraio 1982, a sette mesi di distanza dalla sua formale presentazione, la mozione sulla dichiarazione dello stato di guerra nelle aree del paese più colpite dal terrorismo veniva illustrata dal deputato Franchi in un'aula della Camera semideserta, alla presenza dei soli radicali. Alla seduta del giorno dopo, la proverbiale fluenza oratoria del segretario Almirante, strozzata nel ricordare le dichiarazioni di Ugo La Malfa la mattina di via Fani, rimbalzava a vuoto sugli scranni appena occupati dai rappresentati degli altri partiti[155]. Con la mogia uscita dal confronto parlamentare, il tema si depoliticizzava trovando riparo nella cronaca di vicende estere o nelle ricostruzioni storiche di quella

[152] D. Pulitanò, *Ergastolo e pena di morte. Le «massime pene» tra referendum e riforma*, in «Democrazia e diritto», 21 (1981), pp. 155-171. Il giurista milanese, che nel 1980 passava dal foro alla cattedra, era stato fra i giudici di Magistratura democratica presenti nel 1972 a Catania al convegno sull'*alternativa*, dove aveva presentato il suo contributo *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura democratica per l'attuazione dei valori democratici*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., vol. II, pp. 61-63.

[153] Il 1981 fu, soprattutto per le Br, l'anno dei sequestri. Fra il rapimento del giudice D'Urso, considerato l'apoteosi dell'organizzazione, e quello in dicembre del generale Nato Dozier, che ne segnerà la fine, i brigatisti mettevano a segno altri quattro sequestri: quelli del democristiano Cirillo e dell'industriale Sandrucci, poi come gli altri rilasciati, e quelli di Roberto Peci, fratello del pentito Patrizio, e del dirigente Taliercio, sfociati invece nell'eliminazione degli ostaggi.

[154] Per riprendere il titolo de «l'Unità», 19 maggio 1981, p. 1. Gli altri quesiti referendari riguardavano il porto d'armi e l'aborto. Secondo il Ministero dell'Interno (Eligendo), su un'affluenza di 34.277.194 italiani, appena il 22,63% chiedeva di abolire l'ergastolo, contro il 77,37% favorevole, viceversa, a conservare la massima pena detentiva.

[155] Atti Parlamentari, Camera dei deputati, VIII Legislatura – Discussioni – Sedute del 22 e 23 febbraio 1982, pp. 41138-41164, 41197-41219. All'iniziativa missina Giorgio Almirante dedicò anche il saggio *Pena di morte?*, Roma 1981. Secondo la stampa di destra, la petizione popolare aveva raccolto fra gli italiani un milione e trecentomila firme. Cfr. *Il regime della viltà in fuga difronte alle istanze del paese reale*, in «Secolo d'Italia», 23 febbraio 1982, pp. 1-2, 4-5.

giustizia *sacrificale* che, democraticamente, si era scelto di perpetuare conservando l'ergastolo[156]. Ma era la pena di morte in sé, come oggetto di discorso, a farsi inafferrabile e sfuggente. Lo rilevava nel 1983 il giudice Amedeo Santosuosso commentando, fra l'altro, un convegno promosso da Amnesty International a Bologna fra il 26 e il 30 ottobre dell'anno passato e dedicato alla pena capitale nel mondo. Immemori degli anni recenti, gli organizzatori inciampavano di nuovo nel meccanismo fuorviante del sondaggio, dando l'immagine quasi stantia di un'Italia forcaiola che un ospite d'eccezione come Bobbio si peritava di detergere attraverso il comandamento di non uccidere[157]: una petizione di principio forse un po' troppo universale da cui si poteva far derivare anche il rifiuto dell'aborto o discorsi su violenza e politica velatamente ipocriti. Con un'ipoteca di silenzio pressoché totale sul carcere, il consesso, più che di pena, aveva discusso di morte. E il fatto che Alessandro Baratta, fervido ingegnere della criminologia alternativa per «La questione criminale», non vi avesse trovato altro stimolo se non quello di riflettere sui *desaparecidos* argentini quando nella stessa Argentina la pena di morte introdotta con legge nel 1976 non era ancora mai stata applicata, era il segno di un'inversione dei tempi[158].

L'unico evento davvero rimarchevole di quel 1982 restava, per Santosuosso, il volume che Italo Mereu dedicava alla legittimazione giuridica della pena di morte, alla morte come pena[159]. Eppure, reduce dalla prova polemica della *Storia dell'intolleranza in Europa* scritta in controluce alla legislazione emergenziale, Mereu quel saggio lo aveva steso quasi per una scommessa con Umberto Eco. Scommessa persa, visto che il libro uscito in supplemento a «l'Espresso» non aveva venduto molte copie e quelle in avanzo l'autore le riacquistava a peso d'oro. Il mercato per questi temi tirava ormai poco[160]. Per ironia della sorte era toccato allo stesso Eco, curatore della collana che lo ospitava, scriverne la premessa. Due

[156] Si vedano in tal senso R. Canosa, *La pena di morte in Italia. Una rassegna storica*, in «Critica del diritto», 8-9 (1982-1983), pp. 29-43; A. Prosperi, *Esecuzioni capitali e controllo sociale nella prima età moderna*, in «Politica del diritto», 14 (1983), pp. 165-182.

[157] Per un commento diverso sul suo intervento, cfr. *La lotta per abolire la pena capitale. Intervista con Norberto Bobbio dopo il convegno di Amnesty International e del Comune di Bologna. Contro il potere di dare la morte*, a cura di D. Trombadori, in «Rinascita», 25 novembre 1982, pp. 41-43.

[158] A. Santosuosso, *La pena di morte*, in «Alfabeta», 45 (1983), pp. 32-33.

[159] I. Mereu, *La morte come pena*, Milano 1982.

[160] Come racconterà lui stesso introducendo *La morte come pena in Leonardo Sciascia. Da "Porte aperte" all'abolizione della pena di morte*, Milano 1997, p. 13.

anni prima il suo romanzo d'esordio, *Il nome della rosa*, era diventato un *bestseller*. Ma il pubblico che volgeva le spalle agli anni Settanta, confuso dalle ombre proiettate di giallo su un cupo Medioevo, non aveva saputo o voluto grattare fino in fondo il palinsesto e afferrare così, fra le altre, la cifra politica dell'opera, del resto intrapresa nel marzo del 1978, in corrispondenza col sequestro Moro. Nella fallimentare missione mediatrice di Guglielmo da Baskerville, in mezzo a fraticelli eretici ed ex dolciniani come controfigure medievali di rivoluzionari, extraparlamentari e brigatisti, si arenava fra le righe delle parole la sconfitta degli intellettuali di fronte alla tragedia del terrorismo[161]. E i giuristi non facevano eccezione.

Il saggio di Mereu veniva segnalato su «L'indice penale» da Nuvolone, con una recensione che, pur apprezzandone alcune parti, lo giudicava vago e pluridimensionale, «giuridicamente insostenibile»[162] sul raccordo stabilito fra pena capitale ed ergastolo. Quanto alle riviste d'avanguardia, dove il dibattito sul boia era transitato poco o nulla, alcune chiudevano i battenti, altre mutando pelle seguitavano a incalzare l'ombra lunga dell'emergenza nel frattempo calata a sud sui lidi della criminalità organizzata mafiosa. La parabola terroristica aveva oltremodo esasperato l'*alternativa* costringendola, nel moto ondivago di riforme e controriforme, a un sofferto «aggiornamento dell'esistente» senza, però, darle il tempo di tradurre i manifesti di partenza in una «nuova, definita poetica»[163]. Specie a sinistra, le voci si spezzavano galleggiando sopra i flutti del riflusso, naufraghe fra il rampantismo edonista e il disimpegno, orfane di un Novecento di militanza e politica irrimediabilmente affondato. La Milano dei banditi s'era fatta «da bere». E, stridente con la voce patinata delle nuove reti televisive private diffuse soprattutto in Lombardia, la pena di morte tornava a essere un tabù che, invece di razionalizzare, era meglio lasciare irrisolto nelle coscienze individuali. Quando, nel 1983, sulla affannata tv di Stato, durante una sua trasmissione Enzo Biagi invitava gli ascoltatori a spegnere le luci di casa a un dato segnale per dirsi favorevoli alla pena capitale, il curioso esperimento veniva arrestato *in extremis*. E quando, l'anno dopo, con la ripresa dei rapimenti e l'uccisione di bambini-ostaggi più parti si affrettavano a ricucire il vecchio spauracchio, di pena di morte non si doveva neppure parlare, pena divulgare verità popolari indecenti[164].

[161] B. Pischedda, *Eco: guida al Nome della rosa*, Roma 2016, in part. il Cap. V.

[162] P. Nuvolone, *Recensione a* I. Mereu, *La morte come pena*, in «L'indice penale», 16 (1982), pp. 255-256.

[163] P. Costa, *L'alternativa "presa sul serio"*, cit., p. 278.

[164] Cfr. R. Fabiani, *Sequestri: come impedirli. Pagare? Sparare? Aspettare?*, in «l'Espresso»,

Neanche i sondaggi tiravano più. Lo sporco, intanto, si accumulava sotto il tappeto. Lo soffiava fuori, nel 1990, fra il sequestro dell'industriale Belardinelli e le critiche alla legge Gozzini sulla risocializzazione delle pene detentive, Arnaldo Forlani. Politicamente isolata, con la sola salda eccezione missina[165], la voce del segretario democristiano raccoglieva invece il plauso di Giorgio Saviane. Assurdo per lo scrittore, un tempo avvocato, che la criminalità fosse lasciata libera di condannare a morte, mentre i politici accampavano pietosi moralismi pur di non affrontare «il mostro» e «mutilarne le propaggini»[166]. Certo il mondo andava davvero «alla rovescia». E mentre il mare si faceva verticale[167], persino Moro veniva fatto abiurare dalla sua eresia. Proprio lui, che nelle lettere dal carcere del popolo, rammentava il suo contributo in Costituente «visibile» con l'abolizione di una pena di morte prossima a essere reintrodotta sulla sua pelle per «rispetto cieco della ragion di Stato»[168]. Ma Moro non era solo. Per Tullio Ancora, allievo dello statista e allora capo dell'ufficio legislativo di Palazzo Chigi, anche Bettiol, richiamando direttamente l'abolizionismo di Beccaria, aveva ammesso nella stessa sede «la possibilità di qualche eccezione per casi eccezionali»[169].

Eccezione per eccezioni, la pena di morte non sarebbe sopravvissuta a lungo[170]. Il tempo necessario per sorprendere, dalla scomoda galleria costituzionale, un'altra e forse più illustre morte. Era il 1990. Due anni ancora e, sopravvissuta ai suoi funerali senza corpo[171], la Repubblica dei

XXX, n. 4, 29 gennaio 1984, pp. 14-15.

165 *Lo Stato e i sequestri. Forlani resta solo con il Msi*, in «l'Unità», 6 gennaio 1990, p. 6.

166 G. Saviane, *Il mare verticale. La resa di fronte alla nuova ferocia*, in «Il Giorno», 13 gennaio 1990, p. 3.

167 Saviane vinse nel 1973 il Premio Selezione Campiello col romanzo *Il mare verticale*.

168 Si vedano la lettera a Fanfani e quella a Zaccagnini del 20 aprile 1978.

169 *Lo rivela il prof. Tullio Ancora, capo dell'ufficio legislativo di Palazzo Chigi. «Moro non escludeva la pena capitale». In casi estremi ed eccezionali, come Beccaria*, in «Il Tempo», 8 gennaio 1990, p. 2.

170 La pena di morte, per i delitti previsti dal Codice penale militare di guerra, sarà abolita dall'art. 1, Legge 13 ottobre 1994, n. 589. Più tardi, la legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1, in armonia col protocollo n. 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, eliminerà dalla Carta l'ultimo residuo di previsione della pena capitale da parte delle leggi militari di guerra. Cfr. G. Marinucci, *La pena di morte*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 52 (2009), pp. 3-26.

171 I funerali di Stato di Moro, officiati da Paolo VI, si svolsero il 13 maggio 1978 nella basilica di San Giovanni Laterano senza il cadavere del presidente democristiano per sua espressa volontà.

partiti avrebbe assistito alla decapitazione dei suoi capi. Proprio quella Repubblica di cui Calvino aveva percorso il tracciato, dal trauma irrisolto della Resistenza alla tumultuosa e sfuggente trasformazione dei decenni a venire, fino ad inciampare nella tragedia di Moro come punto di irrecuperabile smarrimento. Da allora, l'Italia non la si poteva raccontare più con un romanzo definito e compiuto, ma solo con romanzi parziali senza capo né coda, intrecciando o intersecando linee nei suoi punti d'ombra, in un lento autunno dove la luna illuminava un tappeto di foglie «intorno a una fosse vuota»[172]. Quel giorno anche Mario Luzi, sgomento alla vista del corpo «acciambellato» nella sconcia stiva, vagava cercando di farsi intendere. Ma qualunque «gibigianna» balenasse là attorno, era troppo repentina per afferrare «una qualche silenziosa lungimiranza»[173]. D'altronde, confuse fra schisti di gesso e scaglie di specchio dai verdastri riflessi lunari, le lucciole dopo tanti anni «erano scomparse»[174].

[172] I. Calvino, *Se una notte d'inverno un viaggiatore*, Torino 1979.

[173] M. Luzi, *Acciambellato in quella sconcia stiva*, in Id., *Per il battesimo dei nostri frammenti*, Milano 1985. Si veda anche *Muore ignominiosamente la repubblica*, in *Al fuoco della controversia*, Milano 1978.

[174] L. Sciascia, *L'affaire Moro*, Palermo 1978.

Pietro Schirò*

Tra tradizione liberale e Scuola positiva: Emanuele Carnevale (1861-1944) e La questione della pena di morte

Sommario: 1. Introduzione: il diritto che uccide – 2. Emanuele Carnevale e la Terza Scuola – 3. L'inviolabilità della vita. La genesi della Scuola classica – 4. La «scelta naturale». Le tesi della Scuola positiva in difesa della pena di morte – 5. «La repugnanza» dell'esecuzione capitale – 6. Conclusioni: l'inutilità della pena di morte.

1. *Introduzione: il diritto che uccide*

All'alba del 4 marzo 1947, nel pallido bagliore che filtrava attraverso la foschia invernale sulle Basse di Stura, a Torino, un furgoncino della polizia attendeva in silenzio, immobile, tra giornalisti e fotografi curiosi. Uno «scrupoloso servizio d'ordine»[1] scortava i tre condannati: Giovanni Puleo, Francesco La Barbera, Giovanni D'Ignoti: verso il luogo dell'estremo adempimento della giustizia.

Sono state predisposte tre sedie sulle quali i tre giovani vengono legati, dando le spalle ai soldati, dopo essere stati bendati con dei fazzoletti bianchi, come vuole la liturgia secolare dell'esecuzione. Nella silenziosa bruma di una mattina d'inverno come tante echeggiano, d'improvviso, gli spari, la sentenza di condanna a morte è stata eseguita. Giustizia è fatta.

Dal *Corriere della Sera* si apprende che uno dei tre condannati era in preda a una crisi di nervi, con tremori e pianti disperati; mentre gli altri due, che apparivano «quasi spavaldi», sul punto dell'esecuzione gridarono: «evviva la Sicilia libera e Finocchiaro Aprile»[2], prima che la scarica mettesse fine a quello che sarà sembrato il patetico tentativo di dare epicità, e un significato politico, all'esecuzione di tre delinquenti comuni.

L'ultima pena di morte[3] della storia dell'Italia unita viene eseguita

* Università di Verona.

[1] Queste parole, come il racconto dei fatti che segue, sono tratte dalla descrizione dell'esecuzione operata da *La Nuova Stampa*, nell'articolo: *I massacratori di Villarbasse fucilati oggi a Torino,* del 4 marzo 1947.

[2] E. G., *Fucilati all'alba i tre di Villarbasse*, in «Il Corriere della Sera», 5 marzo 1947.

[3] Si tratta dell'ultima esecuzione di civili. Infatti, esattamente il giorno successivo, 5 marzo

tramite fucilazione di tre dei componenti di una banda di criminali che il 20 novembre 1945, nel tardo crepuscolo di una sera «nebbiosa», aveva commesso il massacro di Villarbasse, una delle stragi più sanguinose e inutili del secolo scorso[4]. I tre uomini, più un quarto complice, Pietro Lala[5], fecero irruzione in una cascina nei pressi di Torino, luogo nel quale uno di loro aveva lavorato come garzone. La cascina era di proprietà dell'avvocato Massimo Gianoli che i quattro sospettavano conservasse ingenti somme di denaro in casa. La banda intrufolatasi nell'abitazione sorprese e sequestrò tutti i presenti, ovvero otto persone. Durante la rapina, tuttavia, la maschera di uno dei delinquenti cadde, permettendo alle vittime di riconoscerlo come l'ex lavorante della cascina. A quel punto, temendo di essere identificati, i rapinatori decisero di eliminare tutti i presenti. Le vittime furono portate una ad una in cantina, uccise a colpi di bastone e gettate in una cisterna per l'acqua piovana. Solo il bambino di tre anni fu risparmiato, poiché ritenuto incapace di riconoscere gli assassini.

Successivamente furono uccisi altri due uomini sopraggiunti nella cascina nel momento sbagliato. I rapinatori, infine, fuggirono con un bottino modesto: 200.000 lire, qualche gioiello e pochi oggetti di scarso valore, come fazzoletti e salami. Al di là della vicenda processuale, segnata dalla confessione degli imputati, è interessante notare come in una Italia devastata dalla violenza della guerra, quella inaudita brutalità privata, perpetrata da quattro giovani delinquenti, non può essere perdonata; non ci si può passar sopra, anche se il testo costituzionale in approvazione, e che soltanto qualche mese più tardi sarebbe entrato in vigore, aveva già sancito, nel suo articolo 27[6], che la pena di morte non è ammessa. Al tramonto del vecchio Regno di Italia quattro giovani commettono un efferato delitto, all'alba della nuova Repubblica il diritto uccide, per l'ultima volta, i suoi criminali.

1947, vennero fucilati tre componenti della Guardia Nazionale Repubblicana del governo fascista, condannati per collaborazionismo e per aver posto in essere alcune odiose condotte nel periodo fascista (sevizie e deportazione di migliaia di persone nei lager italo-tedeschi).

[4] V. Messori, G. Cazzullo, *Il Mistero di Torino*, Milano 2005.

[5] Il quale trovò la morte per un regolamento di conti tra bande in Sicilia prima di essere arrestato.

[6] Ragiona sul dibattito dei costituenti del 1856 sul sistema sanzionatorio: C. Danusso, *Ergastolo e Costituzione: il dibattito del 1956*, in «Historia et ius», XIV (2018), pp. 1-22. Mentre M. Pifferi nel suo: *La penalistica del dopoguerra e le sfide della Costituzione repubblicana. Qualche considerazione sul problema del metodo e il fine della pena,* in «Giornale di storia costituzionale», XLVI (2023), pp. 211-235, riflette su alcuni argomenti che hanno animato il dibattito nella scienza penalistica dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

Al giurista contemporaneo tale esecuzione dovrà certamente sembrare strana, in quanto avviene in un ordinamento che sta producendo una carta fondamentale che ripudia l'estrema pena, e pertanto una commutazione all'ergastolo, forse, doveva essere naturale. Eppure, il Capo dello Stato Enrico De Nicola, non aveva potuto, e sicuramente voluto, concedere la grazia, che pure era stata chiesta; e questo in quanto l'opinione pubblica era decisamente schierata verso la pena di morte. Dal citato articolo della Stampa appare evidente che «la società non poteva tollerare la presenza viva di simili belve in veste umana»[7]; una considerazione ripetuta anche in altri giornali dell'epoca, come il Corriere della Sera che afferma «s'è compiuta giustizia per un bestiale crimine che ha suscitato ondate d'orrore e di recriminazioni»[8], il *Giornale di Sicilia*, si sofferma maggiormente sull'esecuzione dei tre concittadini, i quali nella notte ricevono la notizia mostrando «calma e una certa rassegnazione», trascorrendo, poi, le ultime ore con il «conforto» del cappellano, parlando «della Sicilia, loro terra natia, e della famiglia», prima di essere tradotti al poligono, dove i tre condannati indugiano davanti a dei fotografi per essere ritratti «un'ultima volta». Da qui, solo il plotone: composto da «32 volontari», quindi le grida inneggianti la Sicilia, poi gli spari, i dettagli dei corpi che sussultano, «un colpo spezza le corde e il cadavere del La Barbera cadeva riverso»[9].

Più conciso, e meno comprensivo, il quotidiano di Palermo *L'ora:* «I responsabili del barbaro eccidio si son fatti fotografare, poi il piombo del plotone d'esecuzione li ha colpiti inesorabilmente», concludendo «Un comando breve, una scarica simultanea, e giustizia era fatta»[10].

Quell'esecuzione si inserisce in un contesto storico complesso. L'Italia repubblicana era ancora in fasce, sorta dalle macerie morali e materiali del fascismo e della guerra. La pena di morte, già avversata da molti giuristi e intellettuali, era ancora contemplata dal codice penale Rocco, retaggio del regime fascista, e veniva applicata in casi eccezionali, in nome di un'idea di ordine che cercava di riaffermarsi tra vendette, crimini e paure.

Quelle tre vite spezzate, dunque, non sono soltanto un episodio di cronaca giudiziaria: sono il riflesso di un'Italia in transizione, ancora intrappolata tra il passato autoritario e le promesse, allora fragili, di democrazia e diritto.

La pena di morte, dunque, appariva l'unica soluzione per punire

[7] *I massacratori di Villarbasse fucilati oggi a Torino*, cit.

[8] E. G., *Fucilati all'alba i tre di Villarbasse*, cit.

[9] *Sono stati giustiziati gli assassini di Villarbasse*, in «Giornale di Sicilia» del 5 marzo 1947.

[10] *Giustizia è stata fatta sugli assassini di Villarbasse*, in «L'ora», del 5 marzo 1947.

in modo adeguato i tre criminali, vendicando le vittime e assicurando, in questo modo, la concreta realizzazione della giustizia. Un principio che appare ancora ragionevole oggi, soprattutto davanti ai più efferati e disumani delitti. Mario Sbriccoli scrive che «La storia del 'penale' può essere pensata come la storia di una lunga fuoriuscita dalla vendetta»[11], e allo stesso tempo, forse, aggiungo, si assiste ciclicamente 'all'eterno ritorno' del penale all'esigenza primordiale di vendetta, nella convinzione sociale che *fare giustizia* sia intrinsecamente connesso con l'idea di dare soddisfazione alla vittima punendo severamente il delinquente. La storia del penale quindi è segnata dal perpetuo conflitto tra la scienza giuridica, che faticosamente tenta la *fuoriuscita dalla vendetta*, e l'esigenza sociale *dell'occhio per occhio*, della pena che deve prima di tutto affliggere il più possibile il condannato. Nella attuale società digitale, ormai assuefatti dall'odio nei social network[12], e dalle immagini di violenza condensate in rapidi e diffusi video, un italiano su tre si dice favorevole alla pena di morte[13], soprattutto per i più odiosi crimini contro i minori o contro le donne, ed in generale per gli omicidi, il che mostra come il dibattito sulla utilità della pena di morte sia ancora attuale. Una attualità connessa al fascino arcaico delle *morte*[14], spinto da un certo ancestrale voyeurismo macabro, accresciuto da una insaziabile sete di vendetta, la cui arsura dipende dal grado di violenza a cui è sottoposta la società di riferimento, che ammetterà o desidererà, proporzionalmente al grado di aggressività sociale, un sistema punitivo concentrato su un *diritto che uccide*. Appare, dunque, evidente come la riflessione dei giuristi italiani di fine Ottocento risulti ancora di grande interesse, in considerazione dell'acceso dibattito scientifico che anima la riflessione sulla

[11] M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (cur.) *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002; anche in Id. *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano 2009, pp. 3-44: 3.

[12] Sull'odio nel web correlato al disordine informativo, e i pericoli per la democrazia: E. De Blasio, M. Sorice, *Il disordine informativo e l'odio in rete. Democrazia a rischio,* in «Hermes. Journal of Communication», XXIII (2023), pp. 217-244. Mentre sulla diffusione della violenza e dell'odio su internet in tempi di guerra e di manipolazione della realtà: S. Mazepa, *War, Hate, Propaganda and the Internet: A Dangerous Combination*, Berlin 2024.

[13] Tali dati risultano da un sondaggio di SWG del 2024, mentre, secondo i dati in possesso da Amnesty International, nel corso del 2024 sono state registrate *ufficialmente* 1518 esecuzioni, il dato più alto degli ultimi dieci anni. Cfr. *Condanne a morte ed esecuzioni* 2024, Roma 2024.

[14] Relativamente al «nuovo e l'antico fascino della (pena di) morte» e quindi la conseguente «necessità della riaffermazione dei valori penali illuministici»: A. Russo, *La pena di morte tra disumanità della sanzione penale e tentazioni populistiche*, in «disCrimen», II (2020), pp. 399-438.

pena nel contesto dell'unificazione legislativa del nuovo regno, quando alle spinte abolizionistiche della tradizione liberale[15], cosiddetta classica[16], si affiancano le necessità pseudoscientifiche dell'*ordine biologico*[17] sostenuto dalla Scuola positiva di diritto criminale. All'interno di questo dibattito sulla pena di morte, e quindi sulla funzione della pena, si inserisce l'oggetto di questo contributo, ovvero la riflessione di Emanuele Carnevale, giurista tradizionalmente inserito nella cosiddetta *Terza Scuola*, che pubblica nel 1888 il volume *La questione della pena di morte nella filosofia scientifica.* Ritengo che il libro del giurista penalista risulti, in questo contesto, di duplice interesse, da una parte, infatti, consente di ricostruire il dibattito scientifico di fine secolo sulla pena capitale, dall'altro offre una soluzione autonoma ed originale sulla utilità dell'estremo supplizio.

Di certo, le parole di Carnevale possono essere rilette in questi nostri giorni di *revival* della necessità di punire, di punire di più e più severamente, tra spinte populiste e suggestioni autoritarie e liberticide[18]. Sono lontane le riflessioni nell'opinione pubblica sulla validità ed efficacia nel sistema punitivo dell'esecuzione capitale, quando le impiccagioni o le fucilazioni avvenivano in pubblica piazza ricordando la brutalità della mano del boia mossa dal diritto che uccide. In quel contesto le parole di intellettuali e scrittori risuonavano nella coscienza collettiva in un'eco profondo, un'eco in grado di far vivere a tutti la tragica esperienza della pena di morte. In questo senso possono leggersi le parole di Fëdor Dostoevskij nel suo romanzo *L'idiota* del 1870, le quali evocano il sentimento del condannato negli istanti che precedono l'esecuzione della pena, e che sono bastevoli per ripudiare, a mio avviso, le condanne a morte:

[15] Rimando al saggio di M. P. Geri, *Il frutto «della unificazione italiana il più splendido»: Carrara e l'iniziativa della Biblioteca abolizionista,* all'interno della raccolta a cura dello stesso autore dal titolo: *"Biblioteca Abolizionista". Fermenti europei per una battaglia italiana*, Roma 2021, 2 voll., che raccoglie la *Biblioteca Abolizionista* pubblicata dal 1864 al 1883.

[16] F. Colao, *Le scuole penalistiche*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto,* Roma 2012, pp. 349-356.

[17] E. Tavilla, *Ordine biologico e ordine morale. Appunti sulla riflessione criminologica italiana in tema di pena di morte (sec. XIX)*, in «Historia et ius», X (2016), pp. 1-12.

[18] Mi riferisco alla tendenza degli ultimi decenni, confermate dai più recenti risultati politici nei paesi occidentali - considerati democrazie liberali -, di spinte verso modelli di governo autoritari e conservatori; governi sostenuti da ampi consensi popolari. Per approfondire, consiglio l'articolo: P. R-L. Saskia, S. Grahn, *Threat or corrective to democracy? The relationship between populism and different models of democracy,* in «European Journal of Political Research», LXII (2023), pp. 677-698.

«Sì… non so bene… E laggiù, all'estero, c'è forse più giustizia che qui?» «Non saprei. Della nostra giustizia non ho sentito che lodi. Noi, per esempio, non abbiamo la pena di morte»

«All'estero sì?»

«Sì, in Francia, a Lione, ho assistito a un'esecuzione capitale. Ci andai con Schneider»«Impiccano?» «No, tagliano la testa». […]

«Lo dicono tutti. E la ghigliottina, d'altra parte, è stata inventata proprio per questo. A me, però, durante l'esecuzione venne un sospetto: e se fosse proprio questo il colmo della sofferenza? Potrà sembrarvi strano, vi farà ridere, eppure… prendiamo, per esempio, la tortura: strazio, piaghe, scricchiolio di ossa, dolore materiale insomma, un dolore che distrae la vittima dalle sofferenze morali fino all'arrivo della morte. Ma il dolore principale, il più forte, non è quello delle ferite; è invece la certezza, che fra un'ora, poi fra dieci minuti, poi fra mezzo minuto, poi ora, subito, l'anima si staccherà dal corpo, e che tu, uomo, cesserai *irrevocabilmente* di essere un uomo. Questa certezza è spaventosa. Tu metti la testa sotto la mannaia, senti strisciare il ferro, e quel quarto di secondo è più atroce di qualunque agonia. Questa non è una mia fantasia; ce ne sono moltissimi che la pensano come me. E ve ne dico anche un'altra. Uccidere chi ha ucciso è, secondo me, un castigo non proporzionato al delitto. L'assassinio legale è assai più spaventoso di quello perpetrato da un brigante. La vittima del brigante è assalita di notte, in un bosco, con questa o quell'arma, e spera sempre, fino all'ultimo, di potersi salvare. Ci sono stati casi in cui l'assalito, anche con la gola tagliata, è riuscito a fuggire, e casi in cui l'assalito, supplicando, ha ottenuto la grazia dei suoi assalitori. Ma con la legalità, quest'ultima speranza, la speranza che attenua lo spavento della morte, vi viene tolta con una certezza matematica, spietata. Attaccate un soldato alla bocca di un cannone e accostatevi con la miccia: chi sa! Penserà il disgraziato, tutto è possibile […] Ma leggetegli la sentenza di morte e lo vedrete piangere o impazzire. Chi ha mai detto che la natura umana può sopportare un colpo simile senza impazzire? E allora, a cosa può mai essere utile una pena così mostruosa?»[19].

[19] F. Dostoevskij, *L'idiota*, in Id, *Grandi romanzi*, trad. it. di F. Verdinois, Roma 2010, pp. 597-598.

2. *Emanuele Carnevale e la Terza Scuola*

Nel 1891 appare su *Rivista di discipline carcerarie* un articolo di Emanuele Carnevale[20] dal titolo *Una terza scuola di diritto penale in Italia,* in questo saggio il giurista cerca di individuare una Terza scuola, un terzo movimento scientifico che ha lo scopo di mediare tra la Scuola classica e la Scuola positiva. Carnevale spiega:

> *Da parecchi anni si combatte presso di noi fra la scuola dominante in iscienza penale ed un gruppo di novatori, che fecero sollecitamente proseliti. Sono due parti, le quali fino a poco tempo addietro sembravano sole in lizza. Ma a poco a poco, e inavvertitamente, sorse un terzo nucleo, che accenna a divenire una terza scuola, e si mostra fin dal principio degno di molta considerazione. Colle pagine che seguono noi non abbiamo la pretesa di formulare e di bandirne il programma: fra i positivisti indipendenti, siamo gli ultimi cui competa di farlo. Ci proponghiamo solo, indicandone alcuni concetti fondamentali, di fare in guisa che, mentre in Italia e all'estero tutta l'attenzione è rivolta all'incessante pugna della scuola classica e della scuola nuova, come le chiamano, si diriga un po' anche verso questa terza corrente. Un giorno un amico, un capitano, ci scriveva: «o di qua o di là». Ebbene, urge dimostrare che non si ha il diritto di porci tali dilemmi; perché è erroneo, e deriva da superficialissima osservazione, il credere che il campo della scienza criminale sia ormai inesorabilmente diviso in due, e fuori non vi sia piè posto per nessuno*[21].

L'obiettivo è quindi prendere il meglio di entrambe le correnti, rifiutando però gli estremismi di ciascuna. Tale movimento sarà poi

[20] Emanuele Carnevale (1861-1941), avvocato e professore di materie giuridiche, lega il suo nome all'ideazione e promozione della Terza scuola del diritto penale. La sua opera più significativa è racchiusa nei tre volumi del *Diritto Criminale* pubblicati nel 1932. Segnato dal marchio di un eccessivo eclettismo, si dedica allo studio del processo penale cercando una via mediana volta a conciliare l'interesse puramente repressivo della pena e l'interesse garantistico dell'individuo (cfr. la voce di G. Fiandaca, *Emanuele Carnevale*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo,)* Bologna 2013, pp. 459-460. Più in generale su Carnevale e la sua Scuola si veda: la raccolta di saggi in suo onore dal titolo: *L'opera scientifica di Emanuele Carnevale nel Diritto Criminale*, Roma 1934; S. Vinci, *Bernardino Alimena and Emanuele Carnevale: The Third School of Criminal Law Searching for a Compromise,* in «Glossae: European Journal of Legal History», XVII (2020), pp. 47-82.

[21] E. Carnevale, *Una terza scuola di diritto penale in Italia,* in «Rivista di discipline carcerarie», XXI (1891), pp. 348-363.

definito positivismo critico o *scuola critica* da Bernardino Alimena[22], il quale sottolinea che *la nuova scuola* accoglie alcune tesi della Scuola positiva ma si distacca dalle derive antropologiche lombrosiane, rivalutando, invece, e quindi accettando, alcuni aspetti del pensiero classico liberale.

Nonostante le intenzioni dei suoi fondatori, Carnevale e Alimena, la Terza scuola non riesce a imporsi come un movimento coeso: gli autori associati ad essa (ad esempio Napoleone Colajanni, Michele Angelo Vaccaro, Giovan Battista Impallomeni, etc.) presentano posizioni molto eterogenee e soprattutto non dichiarano mai di appartenere o sentirsi parte di tale corrente. Alcuni critici, come Ugo Spirito, descrivono la Terza scuola come un compromesso debole e inutile fondato dai «più pavidi tra i positivisti»[23], mentre altri, come Enrico Pessina, ne riconoscono un certo valore nella «crisi della scienza penale»[24]. La critica si fa decisamente più aspra se si prende in considerazione il parere, sempre tagliante, di Enrico Ferri, che nel 1900, in una sua nuova edizione di *Sociologia criminale,* definisce i membri della Terza scuola: degli eclettici, una «varietà molluscoide», «parassiti intellettuali»; degli arrivisti che hanno scelto una via mediana per assicurarsi una carriera universitaria che altrimenti, abbracciando la verità positivista, sarebbe stata loro negata[25].

Al netto delle critiche che possono prodursi sulla Terza scuola, va riconosciuto il merito a Carnevale e Alimena di aver provato ad andare oltre all'esperienza delle due scuole penalistiche, cercando di realizzare una sintesi tra le differenti posizioni; in particolare, leggendo la tesi di Carnevale, sono tre i punti fondamentali su cui è possibile costituire una terza e trasversale esperienza scientifica penalistica:

1. rispetto della personalità del diritto penale nella sua rinnovazione scientifica;

2. causalità, non fatalità del delitto;

[22] B. Alimena, *Naturalismo critico e diritto penale,* in «Rivista di discipline carcerarie», XXI (1891), pp. 614-636. Articolo poi pubblicato autonomamente a Roma, Tipografia Mantellate, 1892.

[23] U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*. *Parte Seconda. Dalle origini della scuola positiva al nuovo idealismo*, Roma 1924, p. 178.

[24] E. Pessina, *Il diritto penale in Italia*, *da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del Codice penale vigente (1767-1890),* in E. Pessina (cur.), *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie,* Milano 1906, p. 727.

[25] E. Ferri, *Sociologia giuridica*, IV ed., Roma 1900, p. 35. Sul punto si consulti: C. Latini, *I "segni" della devianza e la criminalità dei poveri. Pena e prevenzione nel pensiero di Enrico Ferri, un socialista fuzzy,* in «Historia et ius», XI (2017), pp. 1-12.

3. riforma sociale, come primo dovere dello Stato nella lotta contro la delinquenza[26].

Il primo punto fa riferimento alla sempre maggiore comparazione, di fatto sostenuta dalla Scuola positiva, tra il diritto penale e le altre scienze, quali: l'antropologia criminale, la sociologia, l'anatomia etc. Il diritto penale, secondo l'autore, deve, sì aprirsi al contributo delle nuove scienze, integrandole nel proprio ambito, ma senza per questo cedere la propria indipendenza, in particolare nei confronti della scienza medica. È fondamentale analizzare il diritto penale come disciplina autonoma e distinta, evitando di alterarne la natura o di assimilarlo a campi affini. Per questo motivo, è inaccettabile concepire una concezione del reato fondata su un determinismo assoluto, secondo cui il criminale sarebbe inevitabilmente spinto a delinquere da forze biologiche incontrollabili.

Il secondo assunto consente al giurista di riflettere sul tema del libero arbitrio. Egli sottolinea che non è accettabile interpretare la criminalità - così come altri fenomeni sociali - attraverso categorie fatalistiche o metafisiche. È un errore, quindi, ritenere che alcuni individui siano spinti al crimine da forze biologiche irresistibili, come se fossero inevitabilmente destinati a delinquere. Così come rischia di essere errato puntare tutto sulla spontaneità e libertà del volere. Piuttosto, secondo la sua riflessione, esistono dinamiche che, in certi contesti e a fronte di determinate condizioni, possono rendere più probabile, o addirittura necessaria, una specifica condotta. A tal proposito, egli chiarisce che, rimanendo in ambito filosofico, negare il libero arbitrio significa semplicemente riconoscere che, nel momento in cui si compie una scelta, essa appare come l'unica possibile. Secondo la psicologia moderna che, l'autore precisa, ha sostituito la vecchia metafisica, ogni decisione non nasce autonomamente, ma è il risultato di forze che la determinano. Anche sullo spinoso tema della responsabilità penale[27], quindi, Carnevale ricerca una via mediana tra le due diverse concezioni, negando il valore del libero arbitrio, anche se in modo non assoluto, e adottando una prospettiva parzialmente deterministica, volta a sostituire al determinismo atavico di stampo lombrosiano un determinismo di tipo sociale, pur precisando che «la dottrina determinista autorizza solo ad affermare la necessità di un atto compiuto, non mai quella di un atto

[26] E. Carnevale, *Una terza scuola di diritto penale in Italia*, cit. p. 352.

[27] Mi sia concesso sul tema un richiamo al mio: *The tyranny of the Organism. Criminal liability between anthropology, morality and neuroscience,* in «Historia et Ius», XXIII (2023), pp.1-37.

da compiere»[28].

Il giurista, infine, si concentra sul terzo aspetto centrale del nuovo orientamento penalistico: le riforme sociali. Queste riforme devono mirare a trasformare la società in modo tale da ridurre progressivamente, fino ad eliminarli, i conflitti interni, soprattutto quelli di natura economica, che la lacerano. L'obiettivo principale per il sistema penalistico, a suo dire, è quello di prevenire la criminalità e adeguare il diritto penale alle reali esigenze della collettività. Da ciò emerge con chiarezza il ruolo centrale dello Stato nella lotta contro la delinquenza, una lotta che riflette un conflitto ben più profondo: quello tra «il lavoro improbo e misero e la ricchezza oziosa e corrotta»; tra l'ignoranza fanatica e il sapere «benefico»; tra il senso civico, il dovere e il sacrificio da un lato, e dall'altro il desiderio e «l'appetito egoistico di godimenti materiali»[29]. Lo Stato, dunque, non può essere visto come un'entità neutrale con il solo compito di mantenere l'ordine entro certi limiti: è chiamato a schierarsi attivamente dando vita a tutte le leggi necessarie a promuovere il progresso della civiltà. Per Carnevale, la legge rappresenta lo strumento fondamentale con cui lo Stato può intervenire e orientare la società verso comportamenti e valori più equi. Di qui, la proposta di un sistema penale incentrato sulla prevenzione, da attuarsi attraverso profonde e articolate riforme sociali.

Il crimine, secondo l'autore, viene prodotto dai tre fattori del delitto individuati dalla Scuola positiva (fattori antropologici, fisici e sociali), ritenendo tuttavia essenziale analizzare le modalità attraverso cui tali fattori eziologici del delitto interagiscono tra loro. Egli, in particolare, sottolinea la maggiore incidenza e importanza da attribuire ai fattori sociali, visto che esisterebbe, secondo Carnevale, una sorta di scala gerarchica delle cause del crimine: al vertice si collocano le cause *determinanti*, ovvero quelle in grado da sole di produrre l'evento criminoso, mentre le cause *predisponenti*, successive alle prime, sebbene influenti, difficilmente bastano da sole a generare un reato. Ad esempio, l'autore precisa che la trasmissione ereditaria di certi impulsi, salvo casi eccezionali che rientrano nella patologia della volontà, non rappresenta mai una causa decisiva. Al contrario, condizioni sociali, come la miseria, lo sono molto più spesso. Di conseguenza, la distinzione tra fattori determinanti e fattori predisponenti non è affatto teorica o priva di rilevanza pratica, essa ha invece un'importanza concreta. Anche se si aggiungessero numerosi elementi predisponenti a una causa non determinante, il crimine non si verificherebbe necessariamente. Se, invece, un

[28] E. Carnevale, *Una terza scuola di diritto penale in Italia*, cit. p. 356.

[29] Ivi, p. 362.

singolo elemento determinante si combina con un altro, il reato potrebbe realizzarsi immediatamente. Il giurista penalista precisa, quindi, che sia la miseria che il «vizio ereditario» sono «fattori criminali», ma questa definizione comune non deve far confondere e far dimenticare le profonde differenze che, a suo dire, separano un elemento in grado di provocare la criminalità da solo, come la povertà, da un fattore che esclusivamente in specifiche condizioni è in grado di favorire il delitto, come appunto i fattori antropologici.

Dal punto di vista del sistema punitivo, le tesi di Carnevale, come vedremo, si allontanano dalla prospettiva della nuova scuola per avvicinarsi maggiormente alle tesi classiche, introducendo il valore morale della pena. Proprio il tema della pena di morte consente, a mio avviso, di valutare il ragionamento di Carnevale nell'individuazione di una Terza scuola, terzo movimento critico che, secondo i suoi desideri, doveva rappresentare una felice sintesi dei due movimenti scientifici dominanti. Nel complesso la Terza Scuola individuata da Emanuele Carnevale si avvicina per moltissimi temi alla corrente di Ferri e Lombroso, allontanandosi dai radicalismi della antropologia criminale per concentrarsi maggiormente sulle tesi del diritto penale sociale; al tempo stesso rivendica il ruolo primario del diritto penale nell'affrontare la questione della delinquenza, richiamando alcune tesi della tradizione liberale.

Carnevale critica l'estremismo di entrambe le scuole e propone uno studio del crimine che tenga conto della gerarchia delle cause che generano la delinquenza, distinguendo tra elementi determinanti (come la miseria) e cause predisponenti (come l'ereditarietà). Allo stesso tempo respinge l'idea che alcuni individui siano destinati irrimediabilmente al crimine, e che siano perfettamente liberi di scegliere la criminalità.

Sul piano politico-sociale, la Terza scuola auspica una serie di riforme sociali progressiste, in grado di attenuare i conflitti sociali, senza però adottare né il gradualismo della Scuola classica né il radicalismo positivista. In conclusione, nonostante la validità teorica del progetto, la Terza scuola rimane un'etichetta dalla scarsa fortuna, priva di vere e proprie convinte adesioni alla corrente scientifica.

3. *L'inviolabilità della vita. La genesi della Scuola classica*

Nel 1886 il giovane avvocato Emanuele Carnevale pubblica un saggio dal titolo *La pena nella scuola classica e nella criminologia positiva, ed il suo*

fondamento razionale[30], con l'intento di spiegare le due differenti posizioni scientifiche che, alla vigilia dell'emanazione del Codice penale, dibattevano sulla funzione e sullo scopo della pena nell'ordinamento dell'Italia unita. L'articolo era parte di una più ampia riflessione dell'autore sul sistema penalistico e in particolare sulla pena di morte, riflessione che vide la luce, per via di alcune vicissitudini personali, soltanto l'anno seguente (1887), con l'effettiva pubblicazione della prima fatica scientifica del giurista nei primi mesi del 1888, con il titolo *La questione della pena di morte nella filosofia scientifica*.

L'obiettivo del volume è riflettere su un tema di grande attualità in quegli anni, ovvero l'opportunità, o meno, di prevedere la pena capitale nel sistema punitivo dell'Italia unita. L'autore dichiara sin dall'introduzione di essere «non impegnato nella controversia», e di essere «deciso a non impegnarvisi», piuttosto, senza voler patteggiare per uno o per l'altro indirizzo, lo scopo di Carnevale è analizzare le contrapposte tesi scientifiche sulla pena di morte, in quanto «la questione che ai tempi nostri si è agitata per la pena capitale, possa nel futuro aver luogo per altre pene»[31].

Il tema della pena di morte è affrontato, quindi, non come fine a sé stesso, ma come punto di partenza per analizzare una questione più ampia: i principi che rendono giuridicamente legittime le pene in generale. Egli, infatti, considera la pena di morte un'occasione adatta per sviluppare una teoria filosofica sulla giuridicità delle pene. Risulta interessante, poi, il metodo che Carnevale decide di adottare nella sua trattazione ovvero: limitare le citazioni di altri autori sui temi trattati, ed esprimersi in modo conciso sugli argomenti scelti. Egli spiega «ò rinunciato, quasi sempre, ad ornare il mio scritto col ricordo delle opinioni altrui, per attendere con maggior forza a difendere le mie, che ne hanno sommo bisogno», limita, quindi, la parte puramente «descrittiva» per concentrarsi maggiormente su quella teorico-razionale, decidendo, allora, di affrontare l'argomento con «libertà». A differenza della tendenza scientifica dominante costituta dal metodo positivistico, segnato dalla pubblicazione di saggi molto corposi, formati da molteplici citazioni scientifiche di autori italiani e stranieri, e richiami costanti alle statistiche e ai dati scientifici provenienti da altre discipline, per sua stessa ammissione, il lavoro di Carnevale risulta agile (solo 96 pagine), e si concentra quasi esclusivamente sulle sue riflessioni. Per queste scelte di metodo pare scusarsi con il lettore, del resto abituato a

[30] E. Carnevale, *La pena nella scuola classica e nella criminologia positiva, ed il suo fondamento razionale*, in «Rivista di Filosofia scientifica», V (1886), pp. 479-500.

[31] E. Carnevale, *La questione della pena di morte nella filosofia scientifica*, Torino 1888, p. 6.

volumi dalla tendenza enciclopedica, e prega: «il lettore di pensare a questa dichiarazione nella critica del lavoro».

Passando all'analisi del testo di Carnevale, va rilevato che il saggio viene diviso in tre parti, le prime due dedicate rispettivamente alle posizioni della tradizione liberale e della Scuola positiva sulla pena di morte, la terza, invece, dedicata alla riflessione dell'autore sul tema.

L'analisi delle tesi abolizioniste della Scuola classica inizia con la trattazione delle tesi di Cesare Beccaria, dalla quale la tradizione liberale si sviluppa; l'autore in particolare sostiene che secondo il giurista milanese la pena di morte risulta inutile e dannosa per ragioni giuridiche e politiche. *In primis* il diritto alla vita è un diritto indisponibile, sia per il cittadino che ne è titolare, sia per lo Stato, al quale, anche sulla base delle teorie contrattualistiche, non è possibile cedere un diritto inalienabile come quello alla vita. In più, precisa Carnevale, citando Pietro Ellero[32], non è in nessun caso ammissibile assoggettare, per il bene della collettività, il diritto alla vita dell'individuo allo Stato; aggiungendo: anche quando «la pena di morte servisse alla salvezza della società, l'uomo non può mai essere ridotto a strumento del bene collettivo: meglio che perisca la società, se necessario, ma che l'individuo sia salvo».

La pena di morte, secondo Beccaria, continua il Nostro, ha una scarsa valenza intimidatoria, e produce effetti dannosi anche sulla morale dei cittadini, che vedono l'omicidio come qualcosa di autorizzato dalla legge. Da qui, nota Carnevale, nella dottrina successiva si mantennero, accanto al principio dell'inviolabilità della vita, anche altri argomenti contro la pena di morte. Tra questi (i) l'impossibilità di graduarla in base alla gravità dei crimini; (ii) l'irreparabilità in caso di errore giudiziario e (iii) l'impedimento alla rieducazione del condannato.

Il giurista osserva che tali argomenti non hanno lo stesso peso e la stessa efficacia nel sostenere la necessità di abolire la massima pena. Ad esempio, la critica alla non graduabilità è debole, poiché ogni legislatore prevede un massimo della pena per i crimini più gravi; anche l'argomento della mancata emenda perderebbe forza di fronte agli studi dell'antropologia criminale della scuola lombrosiana, che sottolineano l'esistenza di *criminali nati* e quindi incorreggibili. Resta invece, a suo dire, solido l'argomento dell'irreparabilità: se si ammette che i giudici possano sbagliare e che, in caso di errore, una pena è rimediabile finché il condannato è in vita, allora la pena di morte - che impedisce ogni correzione - appare profondamente problematica e suscita inquietudine. Da qui riassume:

[32] P. Ellero, *Opuscoli Criminali,* Bologna 1881.

> *L'«abolizionismo», dunque, nella sua forma ultima e più completa, si asside sul principio della «inviolabilità della vita umana» che n'è la base giuridica, e si circonda di alcuni argomenti accessori, di natura piuttosto politica o utilitaria*[33].

Il Nostro, dunque, si dedica alla trattazione filosofica e storica del principio cardine delle tesi abolizionistiche*: l'inviolabilità della vita*. Egli ricostruisce quello che definisce il passaggio storico e concettuale da una visione collettivistica della giustizia penale, in cui lo Stato, nelle prime forme associazionistiche, era il fine supremo, e l'individuo solo uno strumento; a una visione individualistica, dove invece lo Stato e i suoi organi, come la Giustizia e il potere punitivo, diventano strumenti al servizio dell'individuo.

Questo rovesciamento dei ruoli comporta conseguenze significative: la pena, che prima serviva alla difesa dello Stato, ora deve tutelare l'individuo. Tuttavia, l'esercizio del potere punitivo rischia talvolta di opprimere proprio l'individuo che dovrebbe proteggere. Da qui nasce l'esigenza di una nuova teoria giuridica: quella del «limite giuridico», ovvero dei confini entro cui lo Stato può agire senza violare i diritti fondamentali della persona.

Carnevale spiega così la genesi della scuola classica, infatti precisa che questa nuova prospettiva dà origine a una nuova scuola giuridica, detta comunemente «classica» o «metafisica», ma che preferisce chiamare «individualista», poiché mette al centro l'uomo come fine ultimo del diritto.

Il principio cardine di questa scuola è l'inviolabilità della vita umana: se l'uomo è il fondamento di ogni istituzione, egli deve essere considerato intangibile, anche a costo della sopravvivenza della società stessa. In sintesi: l'individuo è «l'origine e la ragione di qualunque potere di Diritto: dunque «pèra la società (se possibile) ma sia salvo l'uomo»[34].

La tesi individualista sulla inviolabilità della vita, secondo Carnevale, ha tuttavia una grave difetto: non considera l'evidenza che nel mondo naturale non esiste una legge unica e universale, ma una complessa interazione di molte leggi e necessità. La vita, spiega l'autore, non ha lo stesso valore o la stessa funzione in ogni caso, ma può essere preservata, sacrificata, protetta o lasciata svanire, a seconda del ruolo e delle circostanze in cui si trova l'individuo.

Proclamare l'inviolabilità della vita come principio assoluto significa ignorare queste necessità e contrapporsi al corso naturale delle cose,

[33] E. Carnevale, *La questione della pena di morte,* cit., p. 12.

[34] Sul punto l'autore richiama nuovamente le tesi di Ellero: P. Ellero, *Opuscoli criminali*, cit., p. 123.

dominato da un destino universale che non ammette eccezioni arbitrarie.

Di certo, conclude Carnevale, proprio sul tema della abolizione della pena di morte una serie di autori dalle opinioni molto differenti trovano un argomento comune per associarsi e far valere la loro unica posizione.

Una volta criticato il principio fondamentale su cui si fonda l'inviolabilità della vita umana, ciò che resta della dottrina è un insieme di argomentazioni politiche e utilitaristiche contro la pena di morte, teorie che però hanno un valore secondario e complementare. Sebbene alcuni di questi argomenti abbiano una certa forza e possano contribuire alla critica della pena di morte, non sono sufficienti, da soli, a sostenerne l'abolizione né a fondare una vera teoria scientifica.

Carnevale conclude affermando che la tesi abolizionista sostenuta dai membri della Scuola classica nasce e si sviluppa principalmente da un orientamento individualista, unito forse a motivazioni metafisiche e «sentimentali» che egli ritiene ancora poco chiare. Tuttavia, proprio questo individualismo, che l'ha generata, ha anche rappresentato il limite che le ha impedito di raggiungere una piena maturazione teorica. Le tesi della Scuola classica, dunque, per quanto effettivamente saranno la base dell'elaborazione del suo pensiero sulla condanna a morte, devono essere modificate e migliorate.

4. *La «scelta naturale». Le tesi della Scuola positiva in difesa della pena di morte*

Dopo aver analizzato le tesi abolizioniste sostenute dalla Scuola classica, Carnevale si sofferma sulle teorie prodotte dalla Scuola positiva sullo stesso tema, riconoscendogli il merito di aver riaperto un dibattito che sembrava ormai chiuso. Infatti, egli nota che con l'avvento della nuova scuola italiana e il più stretto legame tra le discipline penali e le scienze naturali, la questione dell'estremo supplizio viene proposta sotto nuovi punti di osservazione rispetto al passato, punti di vista animati dall' antropologia criminale. Il giurista precisa che, a differenza della tradizione liberale nella quale quasi tutti i giuristi sono concordi nel proporre l'abolizione della pena di morte, nella nuova scuola si possono distinguere diverse correnti sull'argomento; e del resto lo stesso Enrico Ferri sul punto riconosceva «la unanimità nel ritenere legittima, di fronte ai principi, la pena di morte, e soltanto da alcuni se ne ammette e da altri no la opportunità ed utilità pratica»[35]. Secondo

[35] E. Ferri, *Nuovi orizzonti del Diritto e della Procedura penale*, Bologna 1884, p. 520.

Carnevale la Scuola positiva si sviluppa come reazione all'individualismo della tradizione classica, ne consegue un rifiuto ideologico verso i principi su cui essa si fonda; di conseguenza i giuristi che aderiscono al nuovo movimento criticano il principio dell'«inviolabilità della vita umana». Da questa opposizione ideologica si affianca l'elaborazione di teorie a favore della pena di morte per via dei risultati dell'antropologia criminale, in particolare: «alcune grandi leggi, come la «la battaglia per la vita», la «scelta naturale», la eredità»[36], vengono applicate a molti ambiti con forza quasi dogmatica, e orientano l'opinione dei giuristi. In altri termini, Carnevale sottolinea che l'approccio antropologico consente di trovare soluzioni semplici a problemi giuridici complessi, la *querelle* sulla pena di morte ne è un esempio.

L'autore prende in esame alcune affermazioni della scuola antropologica a favore della pena di morte sottolineandone le contraddizioni; ad esempio, Raffaele Garofalo nel suo *Di un criterio positivo della penalità*, del 1880, sottolinea il valore intimidatorio della pena di morte, capace di scoraggiare l'agire dei delinquenti. Secondo il Nostro proprio le tesi di Cesare Lombroso sul delinquente nato dimostrerebbero come la pena in questione non riesca ad esercitare alcun potere intimidatorio su soggetti che per natura sono spinti al delitto, e che non hanno dunque un «senso morale» normale. A sostegno dell'inutilità della «minaccia penale» su alcuni delinquenti, riporta alcuni esempi di criminali che nonostante avessero assistito a delle esecuzioni capitali, o addirittura i loro congiunti erano stati condannati a morte, avevano comunque continuato a porre in essere la medesima condotta.

Carnevale si sofferma poi su altre contraddizioni antropologiche, in particolare affronta l'argomento centrale della Scuola positiva, elaborato per sostenere la necessità della pena capitale, ovvero il concetto di «scelta naturale». In chiave darwinista e antropologica gli autori della Scuola positiva, e in particolare Ferri, sostengono che, così come in natura avviene una selezione naturale per eliminare gli individui inidonei, allo stesso modo la società può legittimamente esercitare una «selezione artificiale»[37], eliminando i soggetti antisociali tramite la pena di morte. Carnevale osserva:

> *In poche parole, il ragionamento si può ridurre, io credo, al sillogismo che segue: la scelta artificiale è conforme alle leggi di Natura. Con la*

[36] E. Carnevale, *La questione della pena di morte,* cit., p. 24.

[37] Questa tesi è espressa da Ferri nel suo E. Ferri, *Nuovi orizzonti*, cit. p. 521.

pena di morte si à una scelta artificiale, eliminando gli individui non assimilabili. Essa è dunque conforme alle leggi giuridiche e naturali[38].

La Scuola positiva, dunque, vedrebbe la pena di morte come un metodo concreto e utile per eliminare tutti quei delinquenti che sono per la loro *naturale propensione* condannati al delitto[39]. Attraverso l'eliminazione fisica di essi si avrebbe un doppio effetto benefico sulla società che, da un lato, viene protetta dall'inevitabile attività criminosa del soggetto condannato, dall'altro, è difesa anche dai probabili eredi del delinquente, i quali rischierebbero di essere affetti dalla stessa patologia del genitore: il delitto.

Carnevale sottolinea che secondo gli autori della scuola italiana vi sarebbe una evidente «conformità della pena di morte alla legge di Natura», in quanto tramite essa si andrebbero ad eliminare dei soggetti sostanzialmente involuti; ma vi è di più, continua il giurista, essi «credono di aver provato così implicitamente la sua conformità alla legge giuridica» o, peggio, «stimano tal prova non necessaria e affatto superflua». Il Nostro partendo proprio dalla tesi centrale della Scuola positiva a favore della pena di morte ne evidenzia tutte le contraddizioni, in particolare, pur ammettendo che la «selezione artificiale» della specie umana sia concorde con le leggi di natura, va sottolineato, a suo dire, che non tutte le leggi di natura devono o possono diventare leggi dell'ordinamento. Lo Stato non può imporre regole naturali come obblighi giuridici, perché non tutte le leggi naturali sono compatibili con la vita sociale organizzata, in quanto, scrive: «ogni legge della Natura, non è legge giuridica»[40]. Da ciò ne discende che le leggi giuridiche selezionano solo quelle leggi naturali necessarie alla coesistenza sociale, e non possono legittimare qualsiasi comportamento naturale; quindi, non basta dimostrare che la pena di morte è naturale per dire che sia giuridicamente giusta.

Il collegamento al darwinismo operato dalla nuova scuola per legittimare l'estremo supplizio risulta per Carnevale non convincente, in quanto non trova legittimità né nella scienza del diritto, né in una concezione moderna e civile della giustizia, ma è piuttosto una osservazione che può valere per l'antropologo. Le tesi della *scelta naturale*, in altri termini, possono interessare il criminologo, che studia il fenomeno nel contesto della

[38] E. Carnevale, *La questione della pena di morte,* cit., p. 29.

[39] Sul punto E. Tavilla, *Pena capitale e propensione al crimine: la Scuola positiva negli anni dell'unificazione penale in Italia*, in A. Cesaro, G. Palermo, M. Pignata (curr.), *Mundus Alter. Dialoghi sulla follia*, Capua 2022, pp. 9-29.

[40] E. Carnevale, *La questione della pena di morte,* cit., p. 31.

biologia e della società, ma non il penalista, che si occupa del diritto e della giustizia. L'autore concludere, in ultima analisi, che la *selezione naturale* non giustifica la pena di morte; e pertanto anche se può sembrare *utile* dal punto di vista biologico o sociale, non può essere accolta come norma del diritto, perché lo Stato moderno non può fondare la sua giustizia su leggi di «natura spietate», ma, egli sottolinea, su principi di equità, convivenza e civiltà.

Da qui precisa ciò che deve seguire al delitto:

> *Dal momento in cui sorge quel fatto antisociale e antigiuridico che chiamiamo «delitto», sorgono anche una serie di mezzi per comprimerlo nel presente e rimuoverlo nell'avvenire. Alcuni di essi l'avversano per l'indole loro propria di opposti: così il male fisico, cui nella lotta spesso soggiace il delinquente; la buona educazione, che à rinforzato il sentimento morale regolatore della condotta; il calcolo utilitario, in senso stretto; le esigenze di grado, di corpo, o di ceto sociale; ed altri ancora.*
>
> *Alcuni invece sono preordinati al Delitto: come le pene minacciate e applicate, gli agenti d'ordine pubblico, la pronta e retta amministrazione della giustizia civile, e così via. Ora questi e quelli, presi insieme, formano ciò che abbiamo chiamato «difesa criminale», «preventiva» o «repressiva», secondo che difende dal maleficio futuro o da quello compiuto, «spontanea» se comprende i primi, «preordinata» se comprende i secondi*[41].

La trattazione prosegue con una sezione particolarmente articolata, in cui Carnevale analizza in profondità la connessione tra la selezione naturale e la pena di morte secondo la prospettiva della Scuola positiva. In questo contesto, l'autore si propone di chiarire il significato e la concreta applicabilità di tale connessione, evidenziando come essa sia stata frequentemente fraintesa o applicata in maniera inadeguata nell'ambito giuridico e morale. Le teorie di Darwin e Lamarck relative alla lotta per l'esistenza vengono infatti assolutizzate e distorte, soprattutto da parte dei giuristi, che, con un approccio poco critico, estendono principi generali elaborati per spiegazioni biologiche a specifici contesti umani. La *lotta per la vita*, al centro della riflessione dei biologi, nella società umana ha un peso specifico differente rispetto al resto della natura, basti pensare, sottolinea il giurista, che il consorzio degli uomini si è evoluto in modo

[41] Ivi, pp. 31-32.

civile, e pertanto vi sono molti fattori da tenere in considerazione, tra i quali l'effetto della morale.

Carnevale analizza in generale le tesi darwiniste sostenute dalla Scuola italiana in senso giuridico, per operare una ampia critica verso la nuova tendenza scientifica penalistica, a suo dire caratterizzata da una semplicistica interpretazione dell'evoluzionismo. Dall'analisi egli può affermare che il principio della selezione naturale, così come viene comunemente inteso nel contesto della giustificazione della pena di morte, è scientificamente e moralmente inadeguato. Esso deriva da una interpretazione parziale e deformata della teoria evoluzionistica, che ignora l'esistenza di forze contrarie come la «resistenza organica» e i «sentimenti morali». La battaglia per la vita, lungi dall'essere una legge assoluta, è una legge condizionata e limitata da altre forze naturali e sociali. Di conseguenza, non può essere invocata come criterio risolutivo in una questione così delicata come quella della pena capitale. Il capitolo si conclude con una critica alle teorie di Garofalo relative alla «reazione eliminativa» che giustificherebbe la pena di morte. Anche questo concetto risulta inadatto a sostenere la legittimità della pena capitale, poiché può al massimo giustificare l'espulsione di un individuo da una specifica forma di convivenza sociale, ma non l'eliminazione totale e definitiva dell'esistenza sociale dell'individuo, come accade con la pena di morte. Quest'ultima, pertanto, appare come una misura eccessiva e sproporzionata.

5. *«La repugnanza» della esecuzione capitale*

Analizzate le tesi contrarie alla pena di morte e le tesi a favore della stessa, e quindi riassunti i caratteri essenziali dei due diversi movimenti scientifici dominanti, Carnevale passa ad una autonoma riflessione sulla pena capitale.

Precisa che ragionare sulla pena di morte è utile sotto molteplici punti di vista, da un lato consente una riflessione di «penologia», ovvero della scienza che studia le pene in generale, e quindi consente un'analisi razionale e tecnica della giustizia e dell'efficacia di una specifica sanzione nel sistema punitivo; dall'altro, la riflessione sull'estremo supplizio costituisce, secondo l'autore, la prima vera indagine scientifica sulla giuridicità di una pena. In questo modo, stabilisce criteri teorici e metodologici destinati a orientare tutte le future discussioni analoghe.

Nella *pars construens* del suo lavoro sulla pena di morte è possibile apprezzare il giurista che prova a muoversi trovando una sintesi tra le due scuole scientifiche, adottando una prospettiva di diritto penale sociale capace di temperare le tesi antropologiche dell'indirizzo positivista, senza rinunciare agli assunti fondamentali del diritto liberale classico. Carnevale rientra in quella *penalistica sociale*[42] che cerca uno spazio scientifico autonomo tra le due macro-tendenze penalistiche, pur condividendo l'impostazione e il metodo utilizzato da Ferri e Lombroso.

Per riflettere sulla pena di morte, egli muovendo da una visione *biologica-sociale*, propone una visione evolutiva del concetto di giustizia, secondo la quale le pene devono essere valutate in base alla loro utilità sociale, superando la separazione tradizionale tra dottrina giuridica e dottrina utilitaristica. Ecco che «il criterio direttivo che deve guidare» tutte le ricerche di penalogia si basa sull'utilità della pena quale «difesa sociale». La «funzione punitiva», in genere di tutte le pene, «è il loro valore utilitario, o fondamento giuridico», per cui «sino a tanto che ànno questo valore esse sono giuste, non lo sono più quando lo pèrdono»[43]. Un'importante conseguenza di questo impianto teorico è il carattere storico e relativo della giustizia penale: una pena che risulta necessaria e utile in una determinata epoca può cessare di esserlo in un'altra. La giustizia, quindi, non è un valore assoluto e immutabile, ma si misura storicamente in base al rapporto tra le pene e le esigenze concrete della società. Da qui, Carnevale propone un criterio direttivo per l'analisi della pena di morte, sostenendo che la sua legittimità dipende esclusivamente dalla sua effettiva capacità di perseguire l'obiettivo della *difesa sociale*. In tal modo, viene introdotto un criterio fondamentale per determinare la legittimità della pena capitale: la valutazione concreta della sua necessità per la tutela della sicurezza collettiva. Pertanto, risulta imprescindibile un'analisi approfondita degli effetti della pena sui soggetti coinvolti, ossia sul condannato, sulla vittima dell'atto criminoso e, naturalmente, sull'intero corpo sociale. Nello specifico se da un lato la pena capitale pare avere un effetto benefico sulla società e sulla vittima, dall'altro occorre considerare la dimensione morale e psicologica connessa a ogni pena, e il suo effetto sulla società.

L'efficacia deterrente o difensiva della pena deve confrontarsi con la sua capacità di suscitare ripulsa morale nella coscienza sociale. In questo senso, Carnevale individua il sentimento di «malalgia», ovvero quel «sentimento

[42] Si veda: P. Schirò, *Da Pietro Ellero a Enrico Ferri: la genesi della penalistica sociale,* in «Italian Review of Legal History», VII (2021), pp. 257-294.

[43] E. Carnevale, *La questione della pena di morte,* cit., p. 56.

di pietà (e col concorso di altri elementi psichici, che qui non è il luogo di descrivere)» che la collettività prova, diremmo empaticamente, nei confronti del condannato. Si tratta di un assetto psicologico complesso che tuttavia può divenire un criterio guida per il futuro sviluppo etico delle istituzioni penali, portando a un superamento della pena di morte, non solo per motivi giuridici o utilitaristici, ma per una più alta concezione dell'umano.

Le tesi della Scuola positiva, e in particolare di Garofalo, sulla mancanza del sentimento di pietà che normalmente si prova nei confronti dei delinquenti, soprattutto per coloro che hanno commesso odiosi e brutali crimini, non è bastevole, secondo il Nostro, a legittimare la pena di morte, e questo in quanto:

> *perch'essa vale pel sentimento pietoso, e non tocca l'influenza di quel suo derivato, che chiamai di malalgia. Io vedo punire un grande delinquente: il male, ch'è il contenuto necessario della pena, mi ripugna per la sua natura di male, e non per altro riguardo: posso ben metterlo in rapporto colla persona che lo soffre, e non avere di questa alcuna compassione: ma ciò non toglie che quella ripugnanza esista, ed abbia la sua efficacia*[44].

Carnevale allora ammette che sia possibile che la maggior parte delle persone non provi pietà per i criminali, ma ciò non significa che davanti alla pena di morte non si provi un forte sentimento di ripugnanza. Tale ripugnanza, può sorgere anche senza compassione per il delinquente e restituisce dunque una valutazione morale sulla pena, ossia una sensazione di avversione morale per il male in sé che viene inflitto, a prescindere da ciò che si sente per il colpevole.

La pena di morte ha dunque degli effetti negativi su molteplici individui: *sul criminale condannato*, irrorando sofferenza fisica e psicologica, quindi modificando il suo carattere, riducendo la socievolezza e accentuando l'ostilità verso il diritto; *sulla sua famiglia*, infatti la pena si estende anche sui congiunti del condannato, che possono essere colpiti indirettamente da questa, ritrovandosi isolati sia socialmente che psicologicamente. Questo isolamento può favorire un ambiente dove il crimine si ripete, generando un circolo vizioso di violenza e rancore. Infine, la pena di morte ha effetti sulla *collettività* e in particolare sui giovani: può influenzare negativamente l'evoluzione psicologica e sociale degli individui, soprattutto quelli più giovani. La gioventù tende ad imitare i comportamenti, e se lo Stato

[44] Ivi, p. 63.

infligge una punizione, specialmente violenta, essa può essere vista come un atto di vendetta, creando così una mentalità che favorisce la violenza e l'odio.

Carnevale sviluppa l'idea che, quando una pena suscita un forte sentimento di «repugnanza», essa non è più necessaria, e quindi non è giusta. Avendo effetti negativi su tutte le parti coinvolte la pena non ha ragione di esistere.

Il sentimento di ripugnanza verso la violenza legalizzata diventa quindi un criterio per determinare l'ingiustizia di una pena, ingiustizia che travolge quindi anche la sua eventuale precedente utilità. Da qui, l'autore spiega il processo storico che segna la storia della penalità, secondo cui con il progresso della civiltà, e la sua evoluzione morale, il valore delle pene diminuisce. In passato, le pene più gravi erano necessarie per mantenere l'ordine sociale, ma oggi, egli spiega, esistono molti più strumenti per combattere il crimine, riducendo il valore della pena come mezzo di deterrenza. Questo porta a una graduale «degradazione» della pena: quelle più gravi diventano meno necessarie mentre aumentano le alternative, quindi: misure preventive e riforme sociali.

6. *Conclusioni: l'inutilità della pena di morte*

Carnevale osserva come la tradizione di Carrara e la scuola di Ferri basino le loro tesi sulla pena di morte su dottrine poco coerenti che hanno il difetto di non costruire le loro valutazioni sulla giuridicità delle pene, ma si soffermano solo sulla ammissibilità o meno della pena capitale come giusta. Egli, invece sottolinea che la pena di morte non è giusta né ingiusta in assoluto, ma lo è in relazione alla sua necessità concreta. La sua teoria, invece, pone come fondamento unico della giustizia della pena la sua necessità all'interno del contesto giuridico e sociali, visto che «la pena debb'essere necessaria, per essere giusta»; e propone come criterio pratico di valutazione il sentimento di repulsione sociale: se una pena suscita una diffusa ripugnanza, essa non è più necessaria e quindi non è più giusta. Da tale premessa ne deriva una riflessione sull'inutilità dell'estremo supplizio nell'Italia di fine secolo.

Nella storia, precisa l'autore, anche in tempi più duri, la pena di morte ha suscitato ripugnanza e proteste: si pensi agli Ateniesi, agli Egizi, fino ai Padri della Chiesa, che rifiutavano tali pratiche in nome della sacralità della

vita umana. Sul punto Carnevale si trova in perfetta sintonia con Ellero e con la Scuola classica nell'affermare che da uno studio storico emerge che la pena di morte diminuisce progressivamente con il crescere della civiltà, ed effettivamente, egli sottolinea la tendenza storica secondo cui la società moderna non solo fa sempre meno ricorso alla pena capitale, ma cerca anche di attenuarne la violenza, segno evidente della crescente ripugnanza collettiva verso di essa.

In quest'ottica, nella logica dell'autore, ne discende che la pena capitale è destinata a scomparire, proprio come in passato è scomparsa la tortura.

La pena di morte nel sistema italiano è pertanto, secondo Carnevale, del tutto inutile, e ciò non perché la maggioranza della popolazione si pronuncia in questo modo, né può essere rilevante il parere della scienza giuridica dominante, la questione della pena di morte viene affrontata secondo l'analisi giuridica, e pertanto, «è la teoria della giuridicità delle pene» che conferma l'inutilità dell'estremo supplizio. La pena capitale, infatti, non ha valore intimidatorio essendo la sua minaccia inefficacia; la sua validità afflittiva si traduce in un sentimento di ripugnanza verso la pena stessa e verso lo Stato che la infligge, elementi che la rendono quindi ingiusta e allora automaticamente non necessaria; infine, anche dal punto di vista antropologico, la pena non estingue il fattore che genera il delitto, in quanto aumenta il desiderio di vendetta dei parenti del condannato.

La tesi espressa da Carnevale risulta dunque originale, cerca di trovare, in modo certe volte un po' forzato, una via mediana tra le tesi della tradizione liberale e della Scuola positiva, il che lo conduce ad ammettere entrambe le teorie scientifiche, salvo poi denunciarne l'assenza, in entrambe le correnti, di *giuridicità critica* nella valutazione generale del sistema punitivo. Il tema della «repugnanza» è il *grimaldello morale* attraverso il quale il buon senso del giurista esclude che il diritto possa punire con la morte quel cittadino che, invece, ha il dovere di dover provare a rieducare. La sua tesi si concentra proprio su tale assunto giuridico e morale: una pena che ripugna per la sua brutalità è una pena ingiusta, una pena ingiusta è una pena non necessaria e quindi inutile. In questo modo vengono azzerate tutte le considerazioni a favore della pena di morte per i delinquenti nati e incorreggibili, nonché le eventuali richieste popolari di introduzione della pena capitale[45].

[45] Le recensioni del volume di Carnevale, pur sottolineando, in modo diverso, gli aspetti poco convincenti della teoria del giurista, sono concordi nel sostenere l'originalità e la condivisibilità della tesi sulla ripugnanza dell'estremo supplizio. Si vedano sul punto: E. Ferri, *E. Carnevale. La questione della pena di morte nella filosofia scientifica*, in «Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale», IX (1888), pp. 308-311; ma anche G. Tarde, *Compte-rendu Emanuele Carnevale La questione della pena di morte nella*

In altre parole, il desiderio di *giustizia* che giustifica la pena capitale è, secondo Carnevale, spesso radicato più in un impulso emotivo del tutto temporaneo, che in una valutazione razionale basata su dati oggettivi. La riflessione filosofica che egli sviluppa porta anche a considerare la centralità del concetto di *dignità umana*, un principio morale che si oppone fermamente all'idea di una punizione fisica e irreversibile. In quest'ottica, la pena di morte viene vista non solo come un atto non necessario e quindi inutile, ma anche come una violazione dei diritti fondamentali della persona, e soprattutto una pratica che finisce per minacciare l'integrità morale della società tutta.

Il testo di Carnevale invita, infine, a considerare l'evoluzione delle norme giuridiche e del sistema punitivo, suggerendo che una giustizia davvero avanzata non si fonda sulla vendetta, ma sulla riabilitazione ed emenda del condannato. La questione della pena di morte, quindi, non è solo una problematica etica e filosofica, ma una questione che interroga il senso morale della società.

In conclusione, il testo analizzato offre l'occasione di riflettere su un tema che resta drammaticamente attuale. La sua analisi sollecita una critica alle politiche penali e un ripensamento dei valori che orientano la nostra concezione di giustizia, promuovendo il dibattito sulla necessità di superare la pena di morte a favore di alternative che rispettino la dignità umana e il diritto alla vita.

Da qui, un'ultima considerazione sorge spontanea, l'autore è sicuro, in considerazione della sua analisi storica, che la pena di morte verrà progressivamente abbandonata dagli ordinamenti più civili; sul punto spiega che la sostituzione dell'esecuzione con mezzi più umani, come la morte per scossa elettrica - che nel frattempo era sperimentata negli Stati Uniti -, risultavano tentativi inutili di rendere civile una pena che data la sua finalità distruttiva del condannato, non può esserlo. Le sedie che lentamente sprofondavano nel poligono di Torino, all'alba della nostra Repubblica; le statistiche sul consenso alla pena di morte; l'elenco delle esecuzioni praticate lo scorso anno, ci suggeriscono che il grado di civiltà giuridica auspicata da Emanuele Carnevale è ancora ben lontano dal raggiungersi, dando una evidente attualità alle sue riflessioni.

filosofia scientifica, in «Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales» IV (1889), pp. 212-217.

Stefania Torre[*]

Votum fecit gratiam accepit.
Immagini della giustizia negli ex voto *del Santuario della Madonna dell'Arco*[**] *(secoli XVI-XVII)*

Sommario: 1. Pratiche votive e santuari di devozione: il culto della Madonna dell'Arco – 2. Storie di "ingiustizia" negli *ex voto* – 3. I terribili tormenti della giustizia criminale – 4. Altre disgrazie: a) il carcere- b) la condanna a morte.

1. *Pratiche votive e santuari di devozione: il culto della Madonna dell'Arco*

Ex-voto è un'espressione derivata dal latino - *ex voto suscepto* - che indica un'offerta alla divinità in segno di ringraziamento e preghiera per un beneficio ricevuto. Nei costumi popolari italiani è profondamente radicato il rituale della presentazione di un dono ai Santi o alla Madonna, per una grazia attesa oppure ottenuta. Non solo denaro e beni preziosi, ma anche la costruzione di chiese, ospedali, luoghi di accoglienza sono spesso opera di fedeli devoti e riconoscenti. Più di frequente, l'*ex voto* ha le fattezze di un piccolo oggetto, di materiale e modello variabile in funzione della creatività e del simbolismo del momento, che esprime la gratitudine dell'offerente. Tra le tante forme della donazione votiva ce ne sono alcune molto diffuse e ricorrenti, come la tavoletta dipinta, la piccola scultura oppure il monile di oro o argento che ricordano un evento di straordinaria importanza,

[*] Università Federico II – Napoli.

[**] *A quasi dieci anni dalla scomparsa del compianto Maestro, Aldo Mazzacane, ho voluto ricordarne l'insegnamento e l'eredità culturale prendendo a prestito un suo argomento, al quale avrebbe voluto lavorare dopo il congedo dall'Università. Lo studio storico-giuridico degli* ex voto *ha riempito giornate di confronto e di riflessione, che resteranno nella memoria come momenti irripetibili di apprendimento e conoscenza del rigore metodologico dello storico del diritto. La curiosità insaziabile dell'intellettuale acuto, raffinato, colto lo indirizzava su temi e fonti originali e non tradizionali, che attraverso l'analisi critica egli sapeva trasformare in sorprendenti forzieri del patrimonio giuridico occidentale. Un vero e proprio viaggio nella cultura, soprattutto europea, che conquistava l'allievo fortunato, incantato dai luoghi, dalle mete, dai personaggi che incontrava lungo l'itinerario della ricerca. Il lavoro che presento non ambisce a raggiungere i livelli di eccezionalità degli scritti di Mazzacane, divenuti imprescindibili letture per lo studioso che voglia accostarsi alla storia del diritto. Il mio è un modesto ma sentito omaggio al Professore che è stato per me una indimenticabile guida scientifica e un viaggiatore dei mondi, passati e presenti, instancabile.*

cristallizzato nel tempo. Difficile datare l'inizio delle pratiche votive che storia dell'arte, sociologia e antropologia retrodatano fino alla preistoria dell'umanità e a tutto il mondo antico, quali tracce di un innato bisogno dell'uomo di mantenere un contatto costante con il divino[1]. La diffusione del cristianesimo e l'edificazione di santuari di devozione lungo i percorsi battuti dai pellegrini hanno contribuito a consolidare una tradizione che ha attraversato i secoli e giunge, quasi inalterata, fino al presente.

Lungamente trascurati dagli storici, gli *ex voto* hanno cominciato a richiamare l'attenzione degli studiosi ed esperti d'arte intorno agli anni '70 del Novecento, quando la cultura popolare, in tutte le sue declinazioni, ha conosciuto un interesse e una centralità nuovi[2]. Gli studi di Carlo Ginzburg, Peter Burke, Edward Thompson, Natalie Zemon Davis accesero i riflettori sui riti e sulle usanze popolari del medioevo e dell'età moderna, allargando il campo delle fonti della ricerca ai testi orali e folcloristici[3].

Nella vasta gamma di offerte votive, le tavolette dipinte si distinguono per la ricchezza e la complessità di informazioni che comunicano all'osservatore. Oltre la religiosità, gli *ex voto* raccontano la vita delle comunità, i costumi, gli abiti, i mestieri e gli strumenti di lavoro, gli spazi e le architetture, i mezzi di trasporto, i pericoli, le paure e tanto altro ancora[4]. Una documentazione eccezionale che offre alla ricerca una quantità ingente di notizie che interessano ogni ambito della convivenza civile e sociale. Gli studi e i censimenti compiuti fin dal Settecento documentano per l'Italia una grande diffusione dell'arte votiva dal XV secolo in poi[5]. A partire dal Quattrocento, dalle botteghe artigiane dei pittori uscì una

[1] E. De Simoni (cur.), *Ex voto tra storia e antropologia. Atti del Convegno promosso dal Museo nazionale delle arti e tradizioni popolari dall'Associazione italiana di studi storico-antropologici,* Roma 1986; D. Ferraris, *Ex voto. Tra arte e devozione*, Padova 2016; I. E. Buttitta, *«Portavano pitture della disgrazia sofferta». Divagazione sulle continuità e sulle trasformazioni degli ex voto figurativi*, in J. Díaz - S. Rodríguez Becerra - M. P. Panero García (curr.), *Pensar la tradición: homenaje al profesor José Luis Alonso Ponga*, Valladolid 2021, pp. 401-429; L. Malafronte, *Ex voto. La millenaria storia della devozione per grazia ricevuta,* Napoli 2023.

[2] R. Togni, *Gli ex-voto e la storia della cultura popolare,* in «Società e storia», 4/1979, pp. 205-208.

[3] Sul concetto di "cultura popolare" si veda F. Benigno, *Cultura popolare*, in *Parole nel tempo. Un lessico per pensare la storia,* Roma 2013, pp. 79-114.

[4] R. Grimaldi, *Introduzione. Il futuro ha un cuore antico*, in R. Grimaldi -S. M. Cavagnero - M. A. Gallina (curr.), *Gli ex-voto: arte popolare e comportamento devozionale,* Torino 2015, pp. 9-10.

[5] A. M. Tripputi, *Bibliografia degli ex voto,* Bari 1995.

mole considerevole di tavolette destinate a ricoprire le pareti delle chiese e delle cattedrali più importati per il culto religioso, sorte in diverse parti della penisola. Nei tratti, nelle tecniche e nell'iconografia le immagini votive trovavano ispirazione nei modelli proposti dai migliori artisti del Rinascimento e dalle più apprezzate scuole pittoriche della penisola. Il risveglio degli studi umanistici e la curiosità per le civiltà classiche suscitarono una particolare attenzione per la lingua, le arti, la letteratura, il pensiero filosofico e religioso del mondo antico, che vennero riletti alla luce della sensibilità del tempo. La passione per il ritrovamento e per la lettura dei codici degli autori greci e soprattutto latini alimentò il culto della tradizione romana e dei suoi costumi, rinnovando l'interesse per il rituale degli *ex voto* come forma espressiva dei sentimenti e delle emozioni della collettività.

La produzione di tavolette votive è proseguita incessantemente nei secoli fino ad arrivare all'Ottocento e in parte anche al Novecento, narrando fatti, eventi e cambiamenti propri dell'età contemporanea. Temi nuovi vengono rappresentati dagli *ex voto* come la Grande Guerra, gli incidenti automobilistici, ferroviari o navali, le malattie sconosciute e i disastri naturali.

La modernità ha sostituito alcune usanze religiose con altre pratiche. Se i pellegrinaggi restano una solida manifestazione di venerazione e fede, che ha generato anche un tipo particolare di turismo, l'offerta delle tavolette votive ha ceduto il posto ad altre forme di donazione, significative per l'offerente ma racchiuse in una vicenda individuale che resta molto spesso inaccessibile all'osservatore.

La fortuna degli *ex voto* non fu limitata ad un territorio o a una sola comunità ma si estese, per circa cinque secoli, a tutta la penisola italiana. Dalle terre liguri a quelle emiliane, marchigiane, fino a spingersi in Campania, Puglia, Sicilia e Sardegna si contano moltissime chiese che custodiscono un patrimonio significativo di doni votivi[6]. Tra i luoghi di culto più noti e visitati dai fedeli si segnala il Santuario della Madonna dell'Arco a Sant'Anastasia, nella provincia di Napoli. Meta di pellegrinaggio dalla metà del XV secolo, il Santuario custodisce una delle più ricche collezioni di tavolette votive e di *ex voto* di varie fatture, che impreziosiscono il Museo ad essi dedicato[7]. La fondazione del Santuario

[6] M. Centini, *Ex voto. Gli oggetti e il rapporto con il divino,* Milano 2019; R. Grimaldi, *Ex-voto d'Italia. Strategie di comportamento sociale, per grazia ricevuta,* Milano 2025.

[7] G. Imbriano (cur.), *Votum. Museo degli ex voto del Santuario di Madonna dell'Arco,* Napoli 2009.

mariano è fatta risalire ad un evento prodigioso accaduto nel giorno del *lunedì in Albis* del 1450 circa, quando un giovane di Nola, dopo avere perso la partita al gioco della "pallamaglio"[8], rabbiosamente scagliò una boccia contro un'edicola posta sulla strada di campagna e raffigurante il volto della Madonna, che cominciò a sanguinare.

La notizia del miracolo si sparse nell'Italia meridionale, richiamando folle di fedeli, le cui offerte consentirono di costruire accanto all'edicola una chiesetta, per la celebrazione dei riti cattolici. Nel 1593 furono gettate le fondamenta del grande edificio religioso che avrebbe inglobato nella navata centrale l'antica effige della Madonna con il Bambino. Più volte ampliata e restaurata, la chiesa ha assunto la forma e le dimensioni attuali nel 1973[9].

I racconti degli eventi miracolosi ascritti alla Madonna dell'Arco resero, in breve tempo, il sito una tappa obbligata nei percorsi di culto dei credenti, che accorrevano anche da terre lontane per invocare una grazia o per ringraziare del bene ricevuto. Tavolette dipinte, gioielli, ceri, armi, capelli, pezzi di corde, oggetti in legno, paramenti sacri cominciarono a raccontare le storie di uomini e donne che avevano scongiurato il dolore e la paura affidandosi alla potenza divina. La suggestione religiosa fu anche all'origine di una cerimonia popolare che divenne nel tempo una vera e propria liturgia collettiva, conosciuta come il corteo dei *fujenti* o *battenti*[10].

La collezione più pregiata custodita nel Museo del Santuario è quella delle tavolette votive, composta da circa 6000 pezzi, catalogati e fotografati, che hanno ricoperto nei secoli le pareti della chiesa. Dalla costruzione del Santuario in poi si diffuse la pratica di inchiodare l'*ex voto* ai muri dell'edificio, creando stratificazioni e sovrapposizioni di elementi nuovi su quelli più antichi, che in alcuni casi hanno riportato gravi danni e sono giunti a noi solo in pochi frammenti.

Fin dall'Ottocento la letteratura di viaggio riferiva la particolarità della tradizione votiva nel Santuario della Madonna dell'Arco. Nel 1858 Errico Cossovich nelle pagine dedicate a *La festa della Madonna dell'Arco,* testo contenuto nella raccolta *Usi e costumi di Napoli e contorni descritti e dipinti* curata da Francesco de Bourcard, dava conto della eccezionale raccolta di

[8] Antico gioco originario di Napoli, da cui sono derivati sport come il golf, l'hockey e il polo. Si giocava con una mazza dotata ad un'estremità di un martello con i fianchi piatti (maglio) e una palla, quasi sempre di legno. Scopo del gioco era tirare la palla in una buca o lanciarla il più lontano possibile entro un percorso definito.

[9] T. M. Violante, *Madonna dell'Arco: storia del santuario e del convento,* Napoli 2009.

[10] N. D'Antonio, *Gli ex voto dipinti e il rituale dei fujenti a Madonna dell'arco*, Cava dei Tirreni 1979; G. B. Bronzini, *Storia del culto della Madonna dell'Arco attraverso le fonti scritti e figurative dei secoli XVII-XVIII,* Firenze 1998.

"tabelle votive" esposta nella chiesa di Sant'Anastasia[11]. Nel 1894 Marcellin Pellet dedicava alcune pagine della *Naples contemporaine* agli *ex voto* della Madonna dell'Arco, soffermandosi sulle tavolette, delle quali forniva anche qualche notizia di dettaglio relativa alle dimensioni, al materiale utilizzato e alla possibile datazione dell'immensa collezione[12].

Nel 1971, grazie alla collaborazione scientifica tra Paolo Toschi e Renato Penna, venne pubblicata un'opera che riassumeva l'inventariazione delle tavolette e presentava agli studiosi la prima indagine scientifica sugli *ex voto* della Madonna dell'Arco[13]. L'attenta ricognizione della imponente raccolta offrì alla ricerca un materiale unico che sollecitava studi interdisciplinari. La cultura popolare, di cui la pittura votiva è una manifestazione, fu riconsiderata e recuperata al rigore scientifico. Analisi e indagini comparative tra i numerosi *ex voto* custoditi nei tanti santuari italiani hanno reso possibile definire i contenuti e i caratteri generali della pittura votiva, nonché le particolarità delle interpretazioni locali.

Con non poche difficoltà è stata ricostruita la datazione delle tavolette, mentre più spedita è risultata la classificazione dei materiali utilizzati tra Cinque e Novecento per la lavorazione dell'oggetto. Le novità più rilevanti sono emerse relativamente ai codici iconografici, alla scelta dei colori, alle tecniche di esecuzione e alla grammatica delle immagini che provano la circolazione di modelli tipizzati che orientavano gli autori, quasi sempre ignoti, dei dipinti.

Il corposo patrimonio di tavolette della Madonna dell'Arco fu organizzato secondo una generale classificazione tematica. Osservando le storie di sofferenza, dolore e angoscia raccontate dagli *ex voto* e la frequenza con cui venivano narrati drammi ricorrenti, Toschi e Penna adottarono il criterio della suddivisione per grandi materie: medicina e chirurgia; calamità naturali; calamità pubbliche; vita giudiziaria; vita agricola; vita marinara; infortunistica. All'interno di ciascuna categoria si distinguono poi diversi sottogruppi, che costruiscono un vero e proprio catalogo dettagliato delle afflizioni e delle disgrazie umane.

[11] E. Cossovich, *La festa della Madonna dell'Arco,* in F. de Bourcard *(*cur.*), Usi e costumi di Napoli e contorni descritti e dipinti*, II, Napoli 1858, pp. 276-292.

[12] M. Pellet, *Naples contemporaine,* Paris 1894, pp. 235-246.

[13] P. Toschi - R. Penna, *Le tavolette votive della Madonna dell'Arco,* Cava dei Tirreni 1971.

2. *Storie di "ingiustizia" negli* ex voto

La curiosità dello storico del diritto non può restare indifferente di fronte a un materiale documentario insolito ma di sorprendente valore conoscitivo.

Gli *ex voto* giudiziari si presentano come libri aperti sulla storia della giustizia e della penalità nell'area napoletana. Nella sezione dedicata ai temi giuridici sono raccolte le tavolette che ritraggono scene di processi, di vita nel carcere, i mezzi di tortura e l'esecuzione della condanna a morte. Non sono compresi i dipinti che documentano la piaga del brigantaggio e la diffusione del duello come forma di riparazione privata, che sono raggruppati in un segmento specifico. Il nucleo più rilevante di *ex voto* giudiziari risale ai secoli XVI e XVII, ovvero al *corpus* più antico dell'intera collezione[14].

Realizzate su legno, su carta incollata al legno o su tela, le immagini traducono il racconto che il miracolato faceva all'artista, affinché costui potesse rendere con maestria la drammaticità ed eccezionalità della vicenda. Difficile accertare l'identità dei "madonnari", gli autori delle tavolette, artigiani impegnati nelle botteghe vicine ai luoghi di culto o sulle vie del pellegrinaggio, che nel tempo affinarono i caratteri e i modelli prevalenti di quella forma artistica. Secondo gli esperti, la raffinatezza e la tecnica di alcuni *ex voto* del Cinque e del Seicento proverebbero l'impegno anche di artisti quotati, che affiancarono alle committenze di prestigio un commercio secondario ma di non trascurabile interesse economico. Colpisce l'attenzione dell'osservatore la rappresentazione della giustizia umana di età moderna come una sciagura, fonte di storie dolorose e di violazione di un'armonia naturale, ristabilita solo attraverso l'intervento misericordioso e provvidenziale della Madonna[15].

Il pericolo più temuto per chi restava imbrigliato nelle maglie della giustizia era la condanna ai "tormenti". Tortura e confessione erano i pilastri del processo inquisitorio[16]. Espressione tipica della giustizia di tipo egemonico[17], il rito inquisitorio mirava a controllare la pace e l'ordine della

[14] A. E. Giardino, M. Rak, *Per Grazia Ricevuta. Le tavolette dipinte ex voto per la Madonna dell'arco,* Pompei 1983.

[15] A. Prosperi, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine,* Torino 2008, pp. 132 ss.

[16] M. Pifferi, *Le insanabili antinomie della tortura. Modelli di verità e significato del dolore nella* Quaestio per tormenta *medievale,* in «La legge penale», 2019/1, pp. 1-22.

[17] M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale,* in M. Bellabarba - G. Schwerhoff - A. Zorzi (curr.),

società civile, minacciata dal crimine o, pericolo maggiore, dall'impunità di un reo.

L'asimmetria dell'ordine processuale conferiva al giudice strumenti e poteri di cui servirsi nell'interrogatorio del sospettato per ottenere, o più di frequente estorcere, la confessione e l'accertamento della verità assoluta, «all'opposto di quelle contrastanti e frammentarie che si ottenevano col procedimento accusatorio e, nel confronto tra le diverse verità dell'accusa e della difesa»[18]. L'impossibilità di condannare senza la prova della colpevolezza e l'obbligo di punire i delitti vincolavano il giudice a impiegare tutti i mezzi probatori utili all'accertamento e dimostrazione della verità. Quando testimonianze e indizi non bastavano per acclarare la responsabilità, l'impianto processuale legittimava il ricorso alla tortura. Attraverso l'inflizione dei supplizi, la giustizia terrena compiva la funzione principale, ossia la prova assoluta della verità sostanziale implicita nell'ammissione di colpevolezza, che sgomberava il campo da qualsiasi dubbio sulla fondatezza delle accuse e sulla legittimità del rito giudiziario[19].

Il supplizio della corda era un tormento particolarmente temuto a Napoli, in epoca vicereale, così come documentano le numerose tavolette che ne ritraggono l'esecuzione. La tortura è narrata in circa 30 *ex voto*, di cui 24 risalenti al XVI secolo. La scena raffigurata presenta degli elementi e delle figure ricorrenti, che molto spesso occupano il medesimo spazio nell'immagine. In primo luogo, si apprende che la tortura veniva eseguita in ambienti chiusi, sottratti alla vista del pubblico e destinati all'inflizione dei tormenti. Alla destra dell'osservatore si distingue il condannato, sospeso per mezzo del tiro della corda. Sul lato sinistro si notano uno scrivano verbalizzante - un attuario o il *mastrodatti*[20] - seduto ad un tavolo, e accanto, il giudice in piedi, che guarda il torturato e indica l'alto con la mano sinistra.

Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna, Bologna 2001, pp. 345-364, ora anche in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007),* II, Milano 2009, pp, 1223-1245; Id., *Giustizia criminale,* in M. Fioravanti (cur.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, pp. 163 ss.

[18] A. Prosperi, *Giustizia bendata*, cit. p. 133. Più in generale cfr. E. Dezza, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni,* Milano 1989; M. Vallerani, *La giustizia pubblica medievale,* Bologna 2005.

[19] P. Marchetti, Testis contra se. *L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna,* Milano 1994.

[20] Sul ruolo del notaio nella procedura criminale di tipo inquisitorio si rinvia a L. Sinisi, *Fra giurisdizione e documentazione. Il notaio di Tribunale dall'Antico Regime all'età dei codici,* in «Iurisdictio. Storie e prospettive della giustizia», 2020, 1, pp. 221-247.

Qualche tavoletta ritrae anche la figura del boia, che tira la corda ed esegue materialmente il tormento. La figura che prevale su tutto è l'immagine della Madonna con il Bambino, sempre collocata in alto a sinistra del dipinto, avvolta in un cartiglio di nuvole. Variabile è la collocazione della sigla *V.F.G.A*. oppure *V.F.G.R.* - che stanno rispettivamente per *Votum fecit et Gratiam Accepit* o *Recepit* - che è inserita in un riquadro in basso, talvolta a sinistra, altre volte al centro o a destra dell'immagine.

Sulle figure ritratte nell'*ex voto* le *Pratiche criminali* napoletane risalenti al periodo compreso tra Cinque e Settecento forniscono molte informazioni. L'importanza del genere letterario per la conoscenza del diritto e della procedura criminale di età moderna è oramai un dato acquisito dalla storiografia giuridica. Le *Pratiche,* nate in ambiente forense o giudiziario, illustrano e documentano la complessità della logica giuridica del diritto comune, fondata su una articolata combinazione di legislazione, dottrina, giurisprudenza e prassi delle corti giudicanti. Nel *Regnum* e, in particolare, durante la reggenza spagnola, la criminalistica napoletana si avvalse ampiamente dell'apporto critico di avvocati e giudici, esperti della materia criminale e delle insidie della procedura giudiziaria, i quali attraverso la compilazione di opere destinate alla pratica tribunalizia e alla formazione del giurisperito, tracciarono i confini delle categorie generali e dei principi della materia penale[21]. Tommaso Briganti, autore di una *Pratica criminale delle Corti Regie e Baronali* pubblicata nel 1755 e più volte riedita ancora nell'Ottocento, spiegava l'importanza della presenza del boia[22]. L'esecuzione materiale della tortura non poteva essere affidata

[21] M. Sbriccoli, *Giustizia criminale,* cit., pp. 173 ss.; M. Pifferi, *Criminalistica in antico regime*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: diritto,* Roma 2012, *ad vocem*; L. Garlati, *Per una storia del processo penale: le Pratiche criminali,* in «Rivista di Storia del Diritto Italiano», LXXXIX, 2016, pp. 71-109; M. N. Miletti, *Le pratiche criminali di Pietro Follerio. Giustizia e poteri nel Mezzogiorno italiano del Cinquecento,* in M. Torres Aguilar -M. Pino Abad (curr.) *Burocracia, poder político y justicia. Libro-homenaje de amigos del profesor José María García Marín*, Madrid 2015, pp. 496-98; F. Godano, *Le Pratiche criminali e la loro 'sistematicità'.* Defensio ante torturam e ante condemnationem *nella criminalistica italiana fra XIII e XVI secolo*, in «Archivio giuridico», CLIII, 4/2021, pp. 1011-1057.

[22] T. Briganti, *Pratica criminale delle Corti regie e baronali del Regno di Napoli,* Napoli 1770, p. 210. Su Briganti cfr. F. Venturi, *Briganti, Tommaso,* in *Dizionario biografico degli Italiani* (=*DBI*)*,* 14 (1972), *ad vocem;* G. Vallone, *Illuministi e riformatori salentini. Tommaso e Filippo Briganti e altri minori,* Lecce 1983, pp. 91 ss.; Id., *Briganti, Tommaso,* in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (=DBGI),* Bologna 2013, pp. 338-339. Sulla fortuna della *Pratica criminale* e sulle ristampe dell'opera cfr. F. Maradei, *Tra dimensione nazionale e vocazione europea. Diritto criminale e cultura giuridica nel regno di Napoli dal secondo Seicento agli albori dell'Illuminismo,* Napoli, 2022, pp. 135 ss.

al giudice ma richiedeva l'intervento del carnefice, appunto del boia, che era un protagonista della macchina giudiziaria, odiato e disprezzato a causa proprio del mestiere infamante e disumano[23]. La dignità e l'autorità dell'inquisitore potevano essere macchiate da una nefandezza indelebile se il martirio fosse stato procurato direttamente dal giudice al condannato. L'intervento del boia preservava la sacralità della tortura come strumento che doveva tendere, nei casi e secondo le modalità fissate dalle regole e prassi di diritto, all'accertamento della verità, alla confessione e al ripristino dell'ordine violato. Briganti fornisce utili chiarimenti anche per decifrare le parole pronunciate dal giudice nel momento dell'esecuzione della tortura

> *Dovrà il giudice seriamente ammonire il reo, e confortarlo a confessare la verità, senza esporsi a tante afflizioni; indi elevato in su, dovrà formargli degli interrogatori generali, e non suggestivi, per l'indagine del delitto senza ombra di suggestione veruna*[24].

Il sospetto di domande maliziose poste dall'inquisitore alla persona torturata era molto temuto dalla giurisprudenza e dai giuristi di età moderna. Era questa una strategia messa in atto dalle Corti e dai Tribunali per estorcere con l'inganno una confessione, pregiudicando l'esito del processo e la credibilità della giustizia terrena[25].

Più evidente è l'attività del cancelliere, al quale spettava registrare per iscritto il rituale del supplizio: le domande dell'inquisitore, le contestazioni, le minacce, le risposte dell'interrogato ma anche i lamenti, le grida, le imprecazioni e tutto quanto potesse tornare utile a valutare la sincerità della confessione o delle dichiarazioni rese dal tormentato. Il resoconto scritto dell'esecuzione della tortura era un momento cruciale di tutto il processo inquisitorio, perché doveva attestare il rigore del comportamento del giudice durante il supplizio e al tempo stesso riportare ogni dettaglio relativo alla reazione del condannato, che servisse a valutare la spontaneità delle dichiarazioni[26]. L'alto magistrato Carlo Antonio De Rosa, esponente

---

[23] G. Baronti, *La morte in piazza. Opacità della giustizia, ambiguità del boia e trasparenza del patibolo in età moderna,* Lecce 2000, pp. 111 ss.; G. Todeschini, *Visibilmente crudeli. Malviventi, persone sospette e gente qualunque dal Medioevo all'età moderna,* Bologna 2007.

[24] T. Briganti, *Pratica criminale,* cit. p. 210.

[25] A. De Sarno, *Novissima Criminalis Praxis et Civilis,* II, Napoli 1672, p. 43. Sull'autore cfr. E. Cortese, *De Sarno, Agnello,* in *DBGI,* I, pp. 717-718. Una attenta ricostruzione delle edizioni della sua *Praxis* e della pubblicazione in appendice del trattato di Orazio Greco si rinvia a F. Maradei, *Tra dimensione nazionale e vocazione europea*, cit., pp. 63-66.

[26] M. Sbriccoli, «Tormentum idest torquere mentem». *Processo inquisitorio e interrogatorio*

dei ranghi più alti delle magistrature del Regno, sul finire del XVII secolo forniva, nella sua opera criminalistica di maggior successo, precise e dettagliate formule processuali, finalizzate alla corretta stesura dei verbali e dei decreti che avrebbero documentato le fasi della tortura e del rito penale[27].

3. *I terribili tormenti della giustizia criminale*

Il momento ritratto nell'*ex voto* è quello atroce della sospensione del condannato. La tortura della corda era molto frequente nei processi celebrati innanzi al Tribunale della Vicaria di Napoli o alle Regie Udienze del Regno. Ne dava conto già nel 1671 Orazio Greco nel trattato dedicato all'attività del medico fiscale, quale ausiliario del giudice criminale e figura centrale del rito, sia in sede di accertamento del reato, sia nel momento dell'esecuzione delle torture[28].

La corda, per la gradualità della sofferenza, era il supplizio più adoperato dai giudici napoletani. Nella descrizione accurata della nostra fonte vengono ricordate tutte le minuziose variazioni nella legatura o nella posizione di mani e braccia che potevano arrecare maggiore o minore dolore al torturato. Altri tormenti molto diffusi a Napoli furono la "stanghetta"- una sorta di torchio che stringeva la caviglia e il piede - le "funicelle" - corde sottili che venivano strette con forza alle mani fino a incidere la carne arrivando all'osso - e il "polledro", truce tortura che trovava applicazione solo eccezionalmente e che consisteva nel legare il corpo del condannato a due

per tortura nell'Italia comunale, in J-C. Maire Vigueur - C. Paravicini Bagliani (curr.), *Le parole dell'accusato,* Palermo 1991 ora anche in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale,* cit., I, pp. 111-128.

[27] C. A. De Rosa, *Decretorum M. C. Praxis criminalis cum pluribus decisionibus per regia Tribunalia prolatis,* cap. VIII, Neapoli 1680, p. 131. Carlo Antonio De Rosa, nato a Napoli nel 1638 fu avvocato e poi magistrato, dapprima della Regia Udienza di Capitanata e in seguito presso i tribunali principali del Regno, divenendo presidente del Sacro Regio Consiglio e reggente del Consiglio Collaterale. Su di lui cfr. P. L. Rovito, *De Rosa, Carlo Antonio,* in *DBI*, 39(1991) *ad vocem;* I. Birocchi – M. N. Miletti, *De Rosa Carlo Antonio,* in *DBGI,* I, pp. 710-711. Per la descrizione della struttura del *Decretum* e la fortuna dell'opera nei circuiti giurisprudenziali e forensi napoletani si rinvia a F. Maradei, *Tra dimensione nazionale e vocazione europea,* cit., pp. 78-80.

[28] G. Rossi, *Aspetti medico-legali della tortura giudiziaria nelle* Quaestiones *di Paolo Zacchia*, in A. Pastore, G. Rossi (curr.), *Paolo Zacchia. Alle origini della medicina legale. 1584-1659,* Milano 2008, pp. 163-199.

pezzi di legno acuminati e montati a piramide, utilizzando tredici corde che stringevano tutto il corpo, procurando ferite dolorose e spesso letali[29].

La tortura della corda è stata ricostruita con grande ricchezza di testimonianze da Pietro Fiorelli in un insostituibile studio dedicato alla pratica dei supplizi nell'età del diritto comune[30]. L'esecuzione prevedeva che al malcapitato venissero legate le mani dietro le spalle per mezzo della fune, che passava attraverso una carrucola, fissata al soffitto della stanza. Veniva quindi sollevato in aria e tenuto in quella condizione per un tempo che poteva durare da pochi minuti fino ad un'ora al massimo, per poi, nei casi più gravi, lasciare cadere il disgraziato fino quasi a toccare terra, infliggendogli la sofferenza del tratto di corda, ovvero lo strattonamento che lo riportava in sospensione[31]. L'intensità, la durata, le ripetizioni della tortura erano determinate dalle circostanze del caso, dalla gravità del delitto di cui era sospettato l'inquisito, dalla quantità di indizi raccolti e dallo *status* della persona. Le variabili rilevanti per la gradazione del tormento rendevano quindi questa forma di tortura, non a caso, la più impiegata dalle corti giudicanti del Regno.[32]

Si distinguevano ben cinque livelli di gravità, cui corrispondevano altrettante modalità di esecuzione della tortura. Si cominciava con la terrizione verbale e reale, consistente nel condurre il malcapitato nella stanza del supplizio, spogliarlo e legarlo senza sottoporlo al tormento. Il secondo livello prevedeva una sospensione di breve durata, senza strappi. Il terzo grado contemplava la sospensione per il tempo di uno o due *miserere* e non prevedeva tratti. Più doloroso il quarto grado di tortura che era previsto per il tormentato di bassa estrazione sociale, sospettato di un delitto grave e su cui pesavano forti indizi, il quale poteva essere tenuto sospeso fino ad un'ora e, in base all'importanza dei presupposti, sottoposto anche a due tratti. L'ultimo livello era il più crudele e poteva prevedere un inasprimento della tortura mediante l'impiego di pesi ai piedi o l'utilizzo di un bastone per tenere divaricate le gambe[33]. Ne attesta l'inflizione presso le

[29] O. Greco, *Il medico fiscale,* Napoli 1671. L'opera, per volontà di Aniello de Sarno, fu pubblicata in appendice alla *Novissima Criminalis Praxis*, con l'intenzione di dare ai giudici maggiori conoscenze mediche di gravi delitti come lo stupro, la sodomia e l'avvelenamento.

[30] P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel tardo diritto comune,* Milano 2023. L'edizione consultata è la ristampa inalterata della prima stampa del 1953-54 inserita nella sezione *Biblioteca* della Collana del Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno.

[31] O. Greco, *Il medico fiscale,* cit., p. 43 ss.

[32] Sul punto cfr. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria,* cit., I, pp. 192-197.

[33] La descrizione dei cinque gradi di tortura è contenuta anche in G. Grimaldi, *Istoria delle*

corti napoletane un *ex voto* del Cinquecento in cui si vede un uomo sospeso alla corda che ha alle caviglie uno strumento che tiene allargate le gambe e al quale è agganciato un peso. A decidere l'intensità e il tipo di tortura era un complesso intreccio di presupposti e indizi che vincolavano il giudice, al fine di impedire abusi giudiziari che avrebbero inficiato la procedura, violando l'essenza ultraterrena della giustizia che, guidata dalla provvidenza divina, ricompensava sempre con modalità insondabili e imperscrutabili[34]. Il ricorso alla tortura obbligava il giudice ad essere prudente e cauto per le conseguenze che potevano derivare da un uso improprio e dall'inosservanza di precise prescrizioni di diritto. I mezzi del supplizio dovevano essere somministrati senza brutalità, ma cercando di rispettare limiti di umanità e ragionevolezza[35].

Diversi erano i presupposti per infliggere la tortura. Preliminarmente, rilevavano i crimini commessi e lo *status* della persona. Solo i delitti classificati come gravi ammettevano la tortura. Complessa e variabile fu, tra medioevo ed età moderna, la catalogazione dei crimini "enormi" o "lievi", che risentì dell'elaborazione dottrinale, della giurisprudenza di diritto comune e dell'interpretazione dei togati. Molti contrasti di opinione furono superati per mezzo di norme statutarie o interventi legislativi delle monarchie territoriali italiane e straniere che definirono i reati punibili con tortura oppure il limite minimo della pena[36]. Nel *Regnum*, tra i crimini puniti con la massima pena erano annoverati la lesa maestà, la magia, la simonia, l'eresia, il parricidio, la falsificazione di moneta, l'omicidio, lo stupro, il rapimento di donne e monache, la sodomia e l'omosessualità, il furto, l'avvelenamento[37]. Anche la condizione sociale della persona rilevava

leggi e magistrati del Regno di Napoli, tomo II, *In cui si contiene la polizia delle leggi e de' Magistrati di questo Regno sotto al dominio degl'Imperadori Errico V, Federigo II, Corrado, e del re Manfredi della casa di Svevia, e di Caro I, e di Carlo II d'Angiò,* Lucca 1733, p. 410-411. L'argomento è trattato anche da T. Briganti, *Pratica criminale,* cit. p. 207-208. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria,* cit., I, pp. 209-214 ricostruisce anche il confronto dialettico tra i criminalisti italiani sulla gradazione del tormento della corda e sulle diverse classificazioni dell'esecuzione. Sulla personalità di Gregorio Grimaldi e sull'attività scientifica si rinvia a A. Mazzacane, *Grimaldi, Gregorio,* in *DBI,* 59 (2002), *ad vocem.*

[34] P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria,* cit., II, pp. 10 ss; G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena: la crisi del sistema tra evo medio e moderno,* Napoli 1979; I. Rosoni, Quae singula non prosunt collecta iuvant. *La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna,* Milano 1995.

[35] G. Alessi Palazzolo, *Il processo penale. Profilo storico,* Roma-Bari 2004, pp. 71-74.

[36] P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria,* I, cit., p. 243 ss.

[37] Un attento esame dei crimini ritenuti gravissimi era presentato da F. Maradei,

ai fini della tortura. Ragazzi, vecchi, feriti, malati e chiunque fosse ritenuto privo di facoltà mentale erano generalmente esclusi dal supplizio. Quanto alle donne, una tavoletta del XVI secolo documenta la tortura contestuale di due condannate, sottoposte al tiro della corda. La violenza del supplizio non risparmiava il genere femminile, fatta eccezione per le gravide e le puerpere[38]. Altre esclusioni riguardavano i nobili, uomini di chiesa, di toga e di spada. Non erano principi tassativi, poiché «per osservanza concussa de' nostri tribunali, trattandosi di delitti atrociosi, e concorrendo indizj *ultra torturam* o *indubitati,* avrà con loro ben'anche luogo il tormento»[39]. La giurisprudenza, tuttavia, raccomandava sempre di procedere con cautela e riguardo in tutti i casi di sottoposizione a tortura di coloro che avrebbero dovuto godere del beneficio della esenzione.

Soggetto passivo della tortura era prevalentemente l'imputato, ma nei complessi ingranaggi della giustizia criminale il supplizio poteva colpire anche altre figure del processo, come il testimone e talvolta l'accusatore.

Il sofisticato lavoro interpretativo condotto sulle fonti romanistiche aveva consentito alla dottrina del diritto comune di giustificare e riconoscere la tortura del testimone, sia pure entro certi limiti. Muovendo da alcuni frammenti del diritto giustinianeo che prevedevano l'esclusione del supplizio per tutti i testimoni di condizione libera, ad eccezione di coloro che vacillassero, i giuristi elaborarono un principio generale che distingueva situazioni particolari come quella del testimone confuso o contraddittorio[40].

Tractatus criminalis analyticus mixtus, III, *De suppliciis, & poenis delictorum, & de remediis competentibus Reis sententiam passis,* Napoli 1716, pp. 181-313. Su F. Maradei vedi D. Luongo, *Maradei, Francesco,* in *DBGI,* II, pp. 1265-1266 e F. Maradei, *Un giureconsulto calabrese nella Napoli Vicereale: Francesco Maradei (1647-1719),* in «Rivista di Storia del Diritto Italiano», XCIII, 2019, fasc.1, pp. 101-152.

[38] Sulle categorie di imputati generalmente sottratti ai supplizi si vedano F. Majorano, *Opopraxis Iudiciaria Criminalis duos in libros distributa,* Neapoli 1677, pp. 239 ss; A. Scialoya, *Praxis torquendi reos, in qua breviter tota materia torturae continetur,* cap. XIII, *Quae personae torqueri non possint?* pp. 106, Napoli 1711; F. Maradei, *Tractatus criminalis analyticus,* cit., II, *De Reorum confessionibus, Argumentis, & indiciis delictorum. & illorum probabilitate,* cap. XIII, Napoli 1716 pp. 177-180. Sulle ragioni, anche mediche, che suggerivano di escludere dall'inflizione della tortura imputati anziani, malati, ragazzi e le donne incinte o puerpere interveniva O. Greco, *Il medico fiscale,* cit., p.46. Su F. Majorano cfr F. Maradei, *Tra dimensione nazionale e vocazione europea,* cit., pp. 75-76. Notizie biografiche in M. N. Miletti, *Scialoya, Angelo, DBGI,* II, pp. 1837-38.

[39] T. Briganti, *Pratica criminale,* cit., p. 207.

[40] P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria,* cit., I, pp. 256, alla nota 3 indica i testi romani che furono interpretati dalla giurisprudenza medievale per argomentare la tortura del teste.

Un'ulteriore eccezione era poi costituita dalla categoria dei testimoni infami, che per fatto o per diritto erano marchiati come i soggetti più reietti della società. La cattiva fama o una condanna penale esponevano la persona al pericolo di essere sottoposto a tortura, qualora la testimonianza fosse stata necessaria per supportare altre prove. Più complessa era l'ipotesi della tortura dell'accusatore. I casi non erano numerosi, ma la dottrina elaborò una lettura delle fonti del diritto romano che consentiva il ricorso allo strumento del supplizio qualora l'accusa fosse stata temeraria, oppure nel caso di falsa accusa di crimine, o qualora l'accusatore fosse ritenuto infame e quindi la sua denuncia condizionata dall'esito della tortura. Ai requisiti soggettivi si affiancavano presupposti concreti che vincolavano l'azione del giudice. Affinché un imputato potesse essere sottoposto a tortura si richiedevano circostanze ben precise: la certezza della commissione del reato; l'incertezza del reo, sul quale gravavano indizi importanti che non consentivano però di raggiungere la prova piena; infine, la necessità e l'inevitabilità per il giudice di ricorrere al supplizio al fine di accertare la verità[41].

La raccolta degli indizi costituiva il momento più controverso e dibattuto tra i dottori del diritto comune e la giurisprudenza di età moderna, dal cui confronto dialettico nacque la definizione stessa di indizio come elemento che si avvicina alla certezza del fatto, nonché l'articolata classificazione degli indizi rilevanti ai fini della condanna, della tortura, della cattura e dell'inquisizione. Gravità e specie venivano valutati dal giudice con un certo margine di arbitrio in ogni singola situazione di reato, sulla base di ricostruzioni e ragionamenti logici che non consentivano di prevedere *a priori* quali di essi potessero giustificare i supplizi o una condanna capitale[42]. Era questa la caratteristica prevalente del processo inquisitorio, che combinava preoccupazioni garantistiche con gli squilibri e gli eccessi della procedura, generando poi soluzioni tecniche di compromesso e talvolta di dubbia legalità[43].

Le fasi, i passaggi e le articolazioni del procedimento criminale inquisitorio sono oggi molto note grazie agli studi ricchissimi e dettagliati

Più di recente sull'argomento è tornata L. Garlati, *Il "grande assurdo": la tortura del testimone nelle pratiche di età moderna,* in *Acta Histriae,* 19, fasc.1-2, 2011, pp. 81-104.

[41] F. Maradei, *Tractatus criminalis analyticus,* cit., II, cap. IX, 156-158.

[42] M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune,* Milano 1998.

[43] Sull'esistenza di un nucleo di garanzie per l'imputato nel procedimento inquisitorio si rinvia a M. Damaška, *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione,* in «Criminalia. Annuario di scienze penalistiche», 7 (2012), pp. 27-66.

della storiografia giuridica penalistica. L'ordo processuale ordinario prevedeva una prima fase nel corso della quale il giudice, acquisita la *notizia criminis*[44], segretamente, senza la presenza dell'imputato, raccoglieva le informazioni sul delitto e sull'autore o sugli autori, attraverso l'esame dei testimoni e della parte offesa. Se gli indizi erano sufficienti a ordinare la cattura e il reato prevedeva pene corporali, il giudice poteva disporre la carcerazione del reo. Di tutte le prove raccolte durante l'inquisizione generale e speciale si redigevano i verbali che avrebbero costituito il fascicolo processuale e che solo in un secondo momento sarebbe stato reso noto alla persona indagata. L'interpretazione dottrinale dei principi del procedimento inquisitorio elaborò la regola secondo cui, durante la fase informativa, il giudice non poteva disporre la tortura del sospettato prima della legittimazione degli indizi, della "ripetizione" dei testimoni e della pubblicazione del processo, con l'indicazione del termine a difesa. Con la citazione in giudizio, l'indiziato poteva presentare le proprie difese con l'aiuto di un legale. Se fosse riuscito a "purgare" gli indizi, il giudice non avrebbe potuto sentenziare l'inflizione della tortura; in caso contrario, si procedeva al supplizio nel tentativo di giungere alla confessione del fatto. Non mancavano tuttavia delle eccezioni. Quando l'indiziato fosse sospettato per un crimine *enorme*, *atrocissimo* o *ultra relegationem* era consentito dal diritto Regno la tortura *ex processu informativo*[45].

Gli *ex voto* che raccontano la tortura della corda come momento cruciale del rito inquisitorio richiamano l'attenzione dello studioso su un imprevedibile accidente del supplizio, che poteva sottrarre l'imputato alle conseguenze più violente e dolorose del procedimento criminale, legittimando l'invocazione del miracolo e dell'intercessione della Vergine Maria. Non era infrequente che, nonostante i tormenti, l'imputato riuscisse a resistere alla tortura, professandosi innocente. In tale eventualità, la criminalistica di età moderna elaborò, sia pure con posizioni distinte e talvolta poco indulgenti verso l'indiziato, la soluzione della rimessione in libertà. I fondamenti dell'istituto giuridico imponevano la scelta dell'assoluzione per impedire che la pratica dei tornenti perdesse il valore e

[44] Un tratto tipico della procedura inquisitoria era l'avvio dell'investigazione criminale oltre che in presenza di un'accusa, per la *fama*, sia riferita alla reputazione di una persona, sia alla notorietà del fatto ovvero alla voce pubblica. Su questo cfr. più ampiamente A. Bettoni, *Voci malevole. Fama, notizia del crimine e azione del giudice nel processo criminale (sec. XVI-XVII)*, in «Quaderni storici», nuova serie, 41 (2006), pp. 13-38.

[45] G. Chiodi, *Crimini enormi e tortura ex processu informativo: una violazione del diritto di difesa dell'imputato?*, in «Glossae. European Jornal of Legal History», 13 (2016), pp. 71-107.

l'utilità ai fini processuali, trasformando la tortura in un mero strumento di violenza e brutalità. Le tavolette votive evocano proprio il momento straordinario della sopravvivenza allo strazio del tiro di corda e celebrano la somma giustizia divina che illumina la verità e restituisce la dignità agli uomini. Non è possibile accertare se il "miracolo" avesse ridato o meno la piena libertà ai malcapitati. La cattiva reputazione dell'inquisito o la gravità del crimine ascritto alla persona potevano anche giustificare la ripetizione della tortura oppure la detenzione nelle carceri, in attesa di acquisire nuovi e inequivocabili elementi di prova. È certo, in ogni caso, che la protezione della Madonna dell'Arco permise agli uomini e alle donne condannate al supplizio della corda di resistere e sopportare la sofferenza del tormento, professando la propria innocenza.

4. *Altre disgrazie*

a) *il carcere*

La paura e il timore di restare intrappolati nella rete della giustizia umana incombevano anche su altri strumenti di pressione e di convincimento del malcapitato.

Non meno temuta dell'inflizione di una tortura fisica era la carcerazione. Al terrore del carcere fanno riferimento alcuni *ex voto,* anche questi risalenti prevalentemente al Cinque e al Seicento. Quale sofferenza potesse attendersi un detenuto nelle carceri del Regno di Napoli veniva ricordato ancora nel 1835 da Pietro Ulloa in un saggio sulla giustizia criminale, dedicato a Niccola Nicolini. Ricordava Ulloa che il carcere era «*luogo fiero e spaventoso, dove l'aria soffocava, il lezzo stordiva, le tenebre funestavano, annojava lo squallore, l'orridezza, il disaggio, l'occupamento della mente del cuore dello spirito*» [46]. Nel Regno, tra XVI e XVII si contavano numerose carceri, tanto nella capitale[47] quanto nelle province, dove la giustizia era distribuita in modo complesso tra le Regie Udienze e le corti baronali, partecipi di quel *merum et mixtum imperium* che definiva gli equilibri politici[48] e giuridici

[46] P. Ulloa, *Dell'amministrazione della giustizia criminale nel Regno di Napoli,* Napoli 1835, p. 215.

[47] A. Giraffi, *Le Rivolutioni di Napoli,* s.l. 1648, pp. 32-33, indica le varie carceri diffuse nella città di Napoli oltre la Vicaria.

[48] M. Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna. XVI-XVIII secolo*, Roma-Bari 2008, pp. 130 ss.

dell'età del *ius commune*[49]. Non meno temute delle prigioni napoletane, esse non raggiunsero mai la terribile fama delle lugubri segrete della Vicaria[50]. Tra il 1537 e il 1543, per volere del viceré Don Pedro de Toledo, i detenuti del Regno sottoposti al giudizio della Gran Corte della Vicaria furono trasferiti nelle odiose carceri di Castel Capuano, la sede voluta dal reggente per riunire gli antichi tribunali napoletani, sparsi in diversi luoghi e palazzi della città[51]. Fin dall'inizio, furono collocate nelle fondamenta dell'antico maniero, poste su due livelli, come documenta il celebre quadro *Il tribunale della Vicaria,* attribuito ad Ascanio Luciani e realizzato nel secolo XVII, che costituisce una eccezionale documentazione dell'assetto originario del castello al tempo della dominazione spagnola, prima dell'intervento di restauro e ammodernamento eseguito nell'Ottocento[52]. Nobili e "ignobili" erano confinati in spazi differenti così come le donne, che erano rinchiuse nella "Casa della Penitenza", costrette a subire la mortificazione del taglio dei capelli, ad indossare una veste di lana e vivere in una condizione di isolamento dal mondo esterno, affinché potessero trovare nella religione e nella fede il perdono delle loro colpe[53]. Il carcere criminale era separato da quello civile, meno duro, ed era affiancato da una infermeria e dalla "stanza delle torture". Non solo Napoli, ma anche le Regie Udienze e le corti baronali erano dotate di segrete, ricavate negli spazi sottostanti il castello della città principale in cui trovava sede il tribunale locale. Tra Cinque e Settecento la carcerazione fu vista prevalentemente come una misura afflittiva, simile alla tortura, che colpiva comportamenti ritenuti oltraggiosi della morale, della religione, dell'onore, del diritto.

[49] D. Ambron, *Le carceri regie del Regno di Napoli tra capitale e province (XVII-XVIII sec.)* e L. Covino, *Le carceri baronali del Regno di Napoli nel Settecento,* entrambi in L. Antonielli (cur.), *Carceri, carcerieri, carcerati. Dall'Antico Regime all'Ottocento,* Soveria Mannelli 2006, rispettivamente pp. 145-163 e pp. 165-194.

[50] S. D'Alessio, *Prima di Santo Stefano. Sulle carceri civili a Napoli in antico regime,* in «DNA-Di Nulla Academia. Rivista di studi camporesiani», 3/2 (2022), pp. 119-149.

[51] B. Capasso, *La Vicaria vecchia. Pagine della storia di Napoli studiata nelle sue vie e nei suoi monumenti,* Napoli 1889; F. Nunziante, *Castel Capuano sede dei Tribunali,* in «Napoli nobilissima. Rivista di topografia e arte napoletana», II (1893), pp. 113-118; C. De Frede, *Il tribunale della Vicaria. Scene di vita, di dolore, di morte nella Napoli spagnola,* Napoli 1999.

[52] Mi permetto di rinviare a S. Torre, *Il* "paglietta presuntuoso". *Gli avvocati napoletani nelle guide e nelle memorie dei viaggiatori del "Grand Tour"*, in F. Mastroberti – F. De Rosa (curr.), *Giustizia e potere tra antico e nuovo regime. Studi in memoria di Armando De Martino,* Napoli 2024, pp. 669 ss.

[53] G. Sigismondo, *Descrizione della città di Napoli e suoi borghi,* I, Napoli 1788, pp. 65-66.

Anche se meno cruenta nelle forme, non per questo la minaccia del carcere era meno aberrante e spaventosa[54]. Uomini e donne rinchiusi negli spazi bui e asfissianti delle prigioni erano esposti a diverse sopraffazioni e abusi. Uffici e cariche preposte all'amministrazione delle carceri erano appaltati a sudditi o comunità dotati di risorse per l'acquisto delle competenze[55]. Chi disgraziatamente veniva rinchiuso, finiva alla mercè di carcerieri avidi, corrotti e spietati che vessavano in molti modi gli sfortunati detenuti. Un'immagine piuttosto nitida della pericolosità della sopravvivenza in carcere si può tracciare dalla lettura delle numerose prammatiche napoletane che dalla metà del XVI secolo intervennero per soffocare delitti, crimini e ogni forma di violenza praticata a danno dei prigionieri[56]. Frequenti erano le offese, anche con l'impiego di armi, tra gli stessi segregati, al punto che sul finire del Cinquecento, in più occasioni, fu prescritto che chi si rendesse responsabile di tali efferatezze dovesse subire i tratti di corda e la relegazione o assegnazione alla galea, in base al ceto sociale di appartenenza[57].

Ancora più odiosa era la diffusione di comportamenti minacciosi ed estorsivi posti in atto dai "Priori", detenuti con attitudine al controllo e al comando, che imponevano il pagamento di somme di denaro per l'olio per le lampade o per la sola presenza nel carcere medesimo[58]. Diffusi erano i ricatti e le vessazioni dei carcerieri, in particolare caporali, guardie e aguzzini che commettevano frodi e ruberie a danno dei reclusi. La sopravvivenza quotidiana era difficile per i carcerati, costretti a procurarsi finanche il cibo. Circostanza quest'ultima particolarmente gravosa per i poveri che potevano solo sperare nella generosità o in un gesto pietoso da parte dei Vicerè[59]. E se i detenuti della Vicaria potevano contare sulle offerte e sulle elemosine dei tanti frequentatori che giornalmente affollavano i saloni del Tribunale, peggior sorte toccava agli sfortunati rinchiusi in altre carceri del Regno e in balia degli abusi di guardiani e detenuti. Le offerte e la carità delle tante congregazioni che assistevano i carcerati consentivano a costoro di procurarsi il denaro che avrebbero dovuto pagare al carceriere alla fine

[54] L. Garlati, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove,* in «Diritto penale contemporaneo», 2017/4, pp. 13-27.

[55] R. Colussi, *Diritto, istituzioni, amministrazione della giustizia nel Mezzogiorno vicereale,* in *Storia del Mezzogiorno,* XI, Napoli 1986, pp. 52 ss.

[56] B. Altimari, *Pragmaticae, edicta, decreta, regiaeque sanctiones Regni Neapolitani,* I, Titulus XIV*, De carcerariis seu commentariensibus, et captivis,* Napoli 1682, pp. 218 – 230.

[57] Ivi, *Pragmatica III,* 19 Decembris 1570, p. 219; *Pragmatica X,* 5 Maii 1589, pp. 222.

[58] Ivi, *Pragmatica IV,* 27 Septemb. 1573, p. 219-220.

[59] Ivi, *Pragmatica V,* 22 Februar. 1576, p. 220.

della segregazione, come prezzo della permanenza nelle prigioni. Chi era sprovvisto di mezzi e senza assistenza era costretto a impegnare anche i propri vestiti o le "vesti delle mogli" per soddisfare il debito oppure era condannato a prolungare la detenzione, anche fino alla morte. Per fare fronte al dilagante costume diffuso tra gli "aguzzini" di trasferire i carcerati da un posto all'altro dietro pagamento di denaro, nel 1577 e ancora nel 1645 due prammatiche ordinarono che tutti gli arrestati fossero condotti alla Vicaria, sotto minaccia di pagamento di venticinque carlini d'argento da parte di qualsiasi capitano di giustizia, caporale, aguzzino che avesse disatteso l'ordine[60].

Nonostante gli interventi del governo spagnolo, la vita nel carcere era costantemente minacciata dal disordine e dalle troppe licenze che si tolleravano da parte dei sorveglianti. Nel giugno del 1592 il governo spagnolo fu obbligato a emanare una prammatica che regolava l'uso dell'infermeria all'interno del carcere della Vicaria, vietando la permanenza dei detenuti non malati che impedivano, con la loro presenza, la cura e il ricovero degli infermi[61]. Ancora più significativa è la lunga prammatica voluta dal Cardinal Zapata nel 1621 che mirava a regolare e moralizzare la vita nel carcere della Vicaria attraverso misure che colpivano il malcostume del gioco e della bestemmia tra i detenuti, ma anche le estorsioni dei carcerieri raccomandando di scegliere costoro tra *«persone da bene […] e che l'elettione si faccia gratis, perché non facendosi così, et havendo di pagare qualche cosa, et essendo i salarii tenui; con ingordigia di guadagnare, con che supplire, commettono eccessi in danno della Giustizia»*[62].

Ancora più nitida è la fotografia della vita nelle prigioni della Vicaria che si ricava da un documento redatto dai Gesuiti nel 1674, che descrive gli eccessi, le illegalità, il degrado degli ambienti carcerari e le azioni poste in campo dalla stessa Compagnia di Gesù per rimediare al caos e alle indecenze diffuse[63]. Gli *ex voto* del Santuario della Madonna dell'Arco che raccontano il carcere lasciano intuire l'orrore e il timore descritto dalle fonti e dai testimoni del tempo. L'immagine ritratta dalle tavolette si concentra

[60] Ivi, *Pragmatica VI,* 26 Martij 1577, p. 220; *Pragmatica XV,* 3 Novembr. 1645, pp. 223-224.

[61] Ivi, *Pragmatica XII,* 14 Iunii 1592, p. 222.

[62] Ivi, *Pragmatica XVII,* 22 settembre 1621, p. 226.

[63] *Relatione dello stato delle carceri della Gran Corte della Vicaria di Napoli prima dell'anno 1609, e della mutatione fattovi, e mantenuta fino al presente 1674 per mezzo della Missione perpetua instituitavi da' Padri della Compagnia di Gesù e della protettione continua, che di essa han tenuto li Ministri Regi,* s.l., s.d.

sul momento di pregheria e di ringraziamento per il pericolo scampato. Talvolta, il dipinto ricostruisce i due momenti, quello della carcerazione, con l'immagine del detenuto dietro le grate di un edificio dall'aspetto solido, come di fortezza e poi lo stesso soggetto ritratto in ginocchio, con lo sguardo rivolto in alto, verso l'immagine della Madonna con il Bambino, in segno di gratitudine. In altri quadri si osserva un uomo o una donna dietro la finestra sbarrata della prigione e all'esterno della costruzione donne, uomini – probabilmente familiari – inginocchiati, che si appellano alla Vergine per la salvezza del condannato. Di grande interesse sono poi tre tavolette risalenti al Cinquecento che ritraggono anche un scena del processo. Nella narrazione complessa dell'evento miracoloso viene rappresentato sia il momento della detenzione in carcere, sia il momento del giudizio da cui dipende la vita e la libertà della persona. In questi casi, l'invocazione della giustizia mariana mirava più al convincimento dei giudici che alla salvezza dal carcere stesso.

Infine, un elemento che non passa inosservato è l'abbigliamento dei soggetti ritratti dalle tavolette, che suggerisce indizi piuttosto evidenti sul rango sociale dei committenti. Tanto gli uomini quanto le donne ritratte vestono abiti eleganti, secondo lo stile imposto dalla morale del tempo che, nel secolo XVI celebrava i valori, le virtù, i canoni rinascimentali e che si rifletteva nella ricchezza dei tessuti e delle manifatture. I committenti degli *ex voto* sembrano essere principalmente persone appartenenti ai ceti più alti della società del Cinque e Seicento, per i quali la carcerazione doveva apparire come una terribile disgrazia, per l'onorabilità e la buona fama della famiglia e per i pericoli e le prepotenze che minacciavano i rinchiusi.

b) *la condanna a morte*

Nella collezione di *ex voto* giudiziari figurano poche tavolette che celebrano la grazia della salvezza dalla condanna a morte. Forca e ghigliottina erano gli strumenti impiegati dai giustizieri per eseguire la pena capitale. La scelta era dettata sempre dalle origini e dallo *status* della persona. Se l'impiccagione era riservata ai meno abbienti della comunità, il taglio della testa era riservato alla nobiltà del luogo[64]. Un rituale lungo, simbolicamente articolato accompagnava la cerimonia patibolare[65]. Le

[64] Lo ricordava anche G. Armellino, *I principi del diritto e della procedura penale in Napoli nei secoli XVIII e XIX,* Napoli 1895, p. 41-42.

[65] G. Panico, *Il carnefice e la piazza. Crudeltà di Stato e violenza popolare a Napoli in età moderna,* Napoli 1985; G. Baronti, *Opacità della giustizia,* cit. Sullo spettacolo delle esecuzioni

cronache, soprattutto del periodo vicereale, e la letteratura popolare di età moderna raccontano lo spettacolo della "morte in piazza", restituendo numerosi e importanti elementi di un rito collettivo con molti protagonisti coinvolti sulla scena, che la storiografia ha accuratamente analizzato[66]. Le tavolette della Madonna dell'Arco, rispetto alla complessità della liturgia dell'esecuzione capitale, non forniscono molti particolari. Le immagini sono prevalentemente centrate sullo strumento di morte a cui sfugge il condannato. C'è però un dettaglio della ritualità che compare negli *ex voto*: la presenza di uno o più uomini incappucciati, vestititi di bianco al fianco del colpevole. Erano costoro i confratelli della Compagnia dei Bianchi di Giustizia, una confraternita le cui origini sono fatte risalire all'inizio del secolo XVI, che fin dall'istituzione fu impegnata nel conforto e nell'accompagnamento al patibolo dei condannati e nella celebrazione quotidiana di messe per i detenuti nel carcere della Vicaria.

Assistere chi si avviava alla morte, assicurare il conforto religioso, provvedere alla sepoltura del corpo e garantire sostegno alla famiglia del giustiziato era un esempio di eccezionale pietà e carità cristiana. Ma le compagnie di giustizia furono anche un grande occasione di aggregazione urbana e di solidarietà tra gli esponenti delle *élites* dominanti dell'età moderna[67]. Il ruolo dei Bianchi di Giustizia divenne di insostituibile importanza nell'età dell'inquisizione e dei tormenti nel Regno di Napoli. Sodalizio inizialmente composto da laici ed ecclesiastici, nel 1583 per volere del re Filippo II di Spagna fu forzatamente clericalizzato, per i forti sospetti di congiura da parte dei cavalieri di cappa e di spada[68]. Il conforto era una pratica, disciplinata dagli statuti e da specifici manuali di istruzioni, che mirava a convincere, con mezzi dolci o anche con l'impiego della forza, il malcapitato ad accettare serenamente e religiosamente la condanna a morte, anche perdonando gli accusatori, i giudici e il boia per la violenza subita[69].

capitali come momento più alto di celebrazione della sovranità del Principe è imprescindibile la lettura di M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione,* Torino 1976.

66 A. Prosperi, *Il condannato a morte: santo o criminale?* e G. Panico, *Il delitto narrato al popolo: la scena patibolare nella Napoli barocca,* ambedue in R. De Romanis - R. Loretelli (curr.), *Il delitto narrato al popolo. Immagini di giustizia e stereotipi di criminalità in età moderna,* Palermo 1999, rispettivamente pp. 219-227 e pp. 228-240.

67 A. Prosperi, *Il sangue e l'anima. Ricerche sulle compagnie di giustizia in Italia,* in «Quaderni storici», 51, dicembre 1982, pp. 959-999.

68 G. Romeo, *Aspettando il boia. Condannati a morte, confortatori e inquisitori nella Napoli della Controriforma,* Firenze 1993, pp. 105 ss.

69 Un primo statuto risale al 1525, *Capituli et Constitutioni de la Fraternita et Compagnia de Bianchi ordinati et Composti sotto il nome de la Beata et gloriosa madre di Dio sempre*

La presenza nel rituale delle esecuzioni dei Bianchi di Giustizia, fino ai piedi del patibolo, segnava agli occhi dei presenti il ricongiungimento della giustizia terrena con quella divina. L'opera del confortatore, a cui spettava la cura dell'anima del giustiziando, equilibrava la ferocia dei tribunali del Regno, restituendo legittimità e significato all'azione pubblica. Al tempo stesso, la presenza degli uomini della Compagnia accanto al condannato e il sostegno garantito alle loro famiglie accreditavano la confraternita napoletana nel ruolo di straordinario mediatore tra il bisogno cristiano di protezione dei più deboli e le preoccupazioni del governo vicereale di prevenire disordini e tensioni scatenati dalle esecuzioni capitali.

La preparazione spirituale del condannato e l'accettazione della pena di morte non avvenivano solo nell'intimità di una confessione. Il cerimoniale iniziava nelle ultime ore di vita del condannato, quando questo era ancora trattenuto nel carcere, e proseguiva lungo il percorso che doveva compiere per raggiungere la piazza, dove lo attendeva il boia. Fino all'ultimo istante, il reo doveva dichiarare pubblicamente la propria colpa e l'accoglimento del destino, affinché tutti potessero constatare quanto potente fosse la giustizia di Dio, capace di colpire i criminali sempre, anche a distanza di tempo. Il Dio cristiano, tuttavia, era anche misericordioso e al pentito che si arrendeva al giudizio di morte, il confortatore garantiva il perdono ultraterreno e la resurrezione[70]. Ogni esecuzione, ogni accompagnamento erano documentati dai confratelli in appositi registri delle *Relazioni d'uscita* che riportavano gli accadimenti dell'assistenza, le parole del condannato, il lavoro del boia e le emozioni di coloro che avevano assistito allo spettacolo delle pene, lasciando così una testimonianza importante e veritiera della cerimonia del patibolo[71].

Un pericoloso inconveniente nello spettacolo delle esecuzioni era l'ostinato rifiuto del condannato alla salvezza dell'anima e all'accettazione

Vergine Maria Advocata nostra et Protectrice sotto el titulo de Succurre miseris de Napoli. Nel 1550 i capitoli furono in parte riscritti e raccolti nei *Capitoli e Statuti nuovamente riformati de la Confraternita e Compagnia de Bianchi, ordinata e fatta sotto il nome de la Beata e gloriosa Madre d'Iddio sempre Vergine Maria, Padrona e avvocata Nostra, col titul Di Succurre Miseris dela Cità di Napoli.*

[70] G. Baronti, *Opacità della giustizia,* cit., pp. 277 ss.

[71] Per lungo tempo inaccessibili, i Registri della Compagnia dei Bianchi della Giustizia sono oggi consultabili presso l'Archivio Storico Diocesano di Napoli. È una ricca documentazione che riporta le esecuzioni capitali eseguite a Napoli tra il 1562 e il 1862. Per un approfondimento del contenuto dell'Archivio della Compagnia cfr. A. Illibato, *La Compagnia napoletana dei Bianchi della Giustizia: note storico-critiche e inventario dell'archivio,* Napoli 2004.

della morte. Di fronte al deliberato proposito di morire impenitenti, la sfida lanciata dal reo alla divinità oltre che al giudice terreno, giustificava il ricorso a strumenti intimidatori e violenti, come le torture, per costringere a pronunciare il pentimento e a riconoscere le colpe umane. La preoccupazione principale del confortatore era "piegare" anche la resistenza più forte di chi si professava fino in fondo innocente e vittima di ingiustizia, per non vanificare il lavoro sofisticato di legittimazione religiosa di pratiche punitive indubbiamente discutibili[72].

Le pochissime tavolette votive della Madonna dell'Arco che rimandano al tema dell'esecuzione penale avvalorano l'importante funzione che i Bianchi della Giustizia svolsero tra Cinque e Seicento nel Regno di Napoli. I confortatori con la loro opera di mediazione svolsero il ruolo non trascurabile di mediatori tra le ragioni della fede e le ragioni del Principe mostrando, con la loro opera di carità e assistenza, al pubblico presente alle esecuzioni la grandezza e l'imprevedibilità delle strade divine di giustizia e misericordia. L'attività della compagnia proseguì anche nel Settecento ma i grandi mutamenti nella percezione e organizzazione della penalità, ispirati ai valori e ai principi illuministici, modificarono il lavoro dei confortatori e del boia. La progressiva laicizzazione del diritto e del potere politico e il diffondersi di una visione religiosa più intima e personale alimentarono un forte polemica verso le pratiche, i riti e le procedure consolidate dei tribunali giudicanti, preparando il campo a riforme più attente ai diritti della persona e al principio della ragionevolezza.

[72] G. Panico, *Il carnefice e la piazza,* cit., pp. 101 ss.

Alessandra Toscano*

"Punizione preventiva" e garantismo penale tra scuola classica *e* scuola positiva

Sin dall'Unificazione, il sistema di prevenzione personale emerso e consolidatosi all'interno dell'ordinamento di pubblica sicurezza italiano ha rappresentato uno degli strumenti principali impiegati dallo Stato liberale per veicolare la propria pretesa punitiva. I meccanismi di contrasto alla criminalità messi a punto nel corso del XIX secolo, lungi dal poter essere relegati ad una funzione ancillare di meri strumenti di controllo sociale, necessitano di essere considerati alla luce del ruolo cruciale assunto dai medesimi rispetto alla definizione della natura stessa degli ordinamenti liberali, delle loro caratteristiche strutturali e delle tensioni che ne hanno attraversato l'evoluzione; l'esame dei provvedimenti di polizia preventiva e del sistema deputato ad accoglierli impone, infatti, di indagare le modalità con cui il giovane Stato italiano abbia tentato di affermare la propria autorità nell'ambito del permanente rapporto dialettico instauratosi tra garanzia delle libertà e dei diritti individuali e istanze securitarie[1].

È proprio a partire dalla perenne ricerca di un equilibrio tra questi due poli opposti che nel corso dell'Ottocento si assiste alla progressiva affermazione di un sistema di giustizia alternativo, autonomo da quello ordinario e manifestamente in contrasto con l'ordine di valori e principi giuridici affermatosi con l'avvento del paradigma liberale. Sul piano normativo, le origini di tale fenomeno devono ricondursi alla previsione di specifici istituti, riconosciuti dall'ordinamento quali provvedimenti aventi natura amministrativa, finalizzati a consentire la compressione delle libertà individuali di determinate categorie di individui in virtù di valutazioni discrezionali afferenti al grado di pericolosità degli stessi e in assenza di condotte penalmente rilevanti. Il ricorso a misure di polizia preventiva – quali l'ammonizione di pubblica sicurezza, la sorveglianza speciale di polizia e il domicilio coatto[2] –, storicamente legato all'esigenza

* Università di Modena.

[1] Cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. Violante (cur.), *Storia d'Italia. Annali*, 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, p. 494.

[2] Tra gli studi più recenti dedicati alle singole misure di polizia si vedano M. Da Passano

di contrastare l'avanzata delle c. d. *classi pericolose* della società[3], veniva a configurarsi agli occhi del giovane Stato unitario come una scelta necessaria atta a consentire la repressione di tutte quelle condotte idonee a minacciare l'ordine costituito e a negare i postulati del nuovo assetto valoriale, frutto dell'egemonia borghese. In tale contesto, lo stesso principio di legalità, posto a presidio della giustizia penale liberale, finiva per flettersi sotto la necessità di fronteggiare situazioni emergenziali e garantire la sicurezza pubblica[4]. La rigidità inevitabilmente connaturata alla legalità moderna,

(cur.), *Le colonie penali nell'Europa dell'Ottocento. Atti del convegno di Porto Torres, 25 maggio 2001*, Roma 2004; D. Fozzi, *Tra prevenzione e repressione. Il domicilio coatto nell'Italia liberale*, Roma 2010; E. De Cristofaro (cur.), *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Acireale-Roma 2015; P. Garfinkel, *Criminal law in Liberal and Fascist Italy*, New York 2016. Sebbene maggior attenzione sia stata riservata dalla storiografia contemporanea alla misura del domicilio coatto, gli studi condotti in materia hanno rappresentato un'importante occasione di approfondimento della disciplina relativa all'ammonizione di pubblica sicurezza e della sorveglianza speciale di polizia, la cui regolamentazione risultava strettamente connessa a quella del domicilio coatto.

[3] M. Pavarini, *Il "socialmente pericoloso" nell'attività di prevenzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», II (1975), pp. 396-454; R. Canosa, *Storia della criminalità in Italia. 1845*-1945, Torino 1991; D. Petrini, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in L. Violante (cur.), *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, Torino 1997; M. Foucault, *L'evoluzione della nozione di "individuo pericoloso" nella psichiatria legale del XIX* secolo, in A. Pandolfi (cur.), *Archivio Foucault. Interventi, colloqui,* interviste, III (1978-1985), *Estetica dell'esistenza, etica, politica*, Milano 1998; G. Procacci, *L'economia sociale ed il governo della miseria*, in «Aut Aut», 1978, pp. 63-80; Id., *Governare la povertà. La società liberale e la nascita della questione sociale*, Bologna 1998; P. Marchetti, *Le "sentinelle del male". L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38, t. II, 2009, pp. 1009-1980; M. Stornati, *Italia "criminale". Stereotipi e questione penale dell'Italia liberale*, in L. Lacchè-M. Stornati (curr.), *Questione criminale e identità nazionale in Italia tra Otto e* Novecento, Macerata 2014, pp. 227-261; L. Lacchè, *La paura delle «classi pericolose». Ritorno al futuro?*, in «Quaderno di storia penale e della giustizia», 1 (2019), pp. 159-178.

[4] Come evidenziato da Luigi Lacchè a riguardo, è necessario operare una distinzione tra il principio di legalità considerato nella sua dimensione astratta e l'effettiva fisionomia assunta dallo stesso sul piano sostanziale. Se, da un latto, infatti «la legalità penale *astratta* ha come punto di riferimento, per tutto il XIX secolo, la figura del "galantuomo", soggetto di diritto, razionale, libero e autonomo», dall'altro «[…] la legalità penale *concreta* è segnata, inevitabilmente, da differenziazioni e quindi da "livelli" tanto più che ci si allontana dalla figura prototipale e ci si inoltra nel terreno di chi non è proprietario, non è "indipendente", appartiene alla classi subalterne e potenzialmente "pericolose"» (L. Lacchè, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LX, 2 [2017], p. 428).

così come recepita nei codici ottocenteschi, aveva comportato l'emersione di condizioni intermedie, di spazi in cui la gestione dell'urgenza e di soggetti considerati pericolosi, ma non ancora colpevoli di reati, imponeva di ricorrere alla deroga e, dunque, al paradigma dell'eccezione[5]. È inserendosi nel solco lasciato vuoto dal diritto penale liberale, che il sistema di prevenzione personale finiva per prendere corpo e per circoscrivere uno spazio operativo destinato al governo di individui e condotte considerati "irregolari"; veniva così a delinearsi un modello di *governance* preventiva volta a prediligere una logica importata alla previsione e alla neutralizzazione della devianza, in luogo del principio garantista di legalità formale. Prendendo le mosse dalla preliminare distinzione tra *cittadini onesti* e *delinquenti*, la pretesa punitiva dello Stato liberale veniva progressivamente scissa in due canali, repressivo e preventivo, veicolati rispettivamente attraverso il Codice penale e la legge di pubblica sicurezza[6]. Le problematicità ricollegabili alla sussistenza di un *doppio livello di legalità*, nonché alla possibilità di celare un'espansione del diritto penale dietro l'attività di polizia preventiva, sono ben note[7]; e altrettanto può dirsi con riguardo alla difficoltà riscontrata dai giuristi liberali nel ricercare soluzioni idonee a rendere il sistema di prevenzione personale incardinato nei testi di pubblica sicurezza compatibile con i principi fondanti lo Stato di diritto di matrice liberale. Nonostante la compressione della libertà personale realizzata per mezzo dei suddetti provvedimenti di polizia preventiva

[5] Ivi, pp. 428 e 429.

[6] La presenza di molteplici livelli di legalità aveva reso manifesta la distinzione tra «galantuomini» e «birbanti», consentendo sottoporre i primi al sistema repressivo ordinario previsto dal Codice penale e i secondi al regime straordinario disciplinato dalla legge di pubblica sicurezza (L. Lacchè, *La giustizia per galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano 1990, p. 142).

[7] Il tema è stato oggetto di grande attenzione da parte della storiografia contemporanea. Si vedano in particolare gli studi di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989; L. Lacchè, *La giustizia per galantuomini*, cit.; D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli 1996; Id., *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, cit.; L. Martone, *La difesa dell'ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in Id. (cur.), *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli 1996; M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., pp. 489-492; M. Meccarelli, *Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi di legalità nel tardo Ottocento. Una comparazione tra Italia e Francia*, in F. Colao-L. Lacché-C. Storti-V. Valsecchi (curr.), *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata 2011, pp. 465-487.

dovesse considerarsi costituzionalmente legittima, assurgendo la legalità al rango di principio fondante la tutela dei diritti soggettivi[8], risultava alquanto evidente come la possibilità di limitare questi ultimi attraverso il ricorso alla legge ordinaria potesse essere funzionale a giustificare l'adozione di norme repressive e la promulgazione di leggi di stampo autoritario: un *modus operandi*, quest'ultimo, che effettivamente caratterizzò l'operato dello Stato liberale italiano durante la seconda metà dell'Ottocento. La penalistica italiana, che pure aveva identificato nel principio di difesa sociale un elemento irrinunciabile per consentire l'esercizio e il rispetto degli altrui diritti e libertà[9], non poteva restare inerte dinnanzi a un sistema che, in nome della prevenzione, finiva sistematicamente per subordinare la garanzia delle libertà statutarie a contingenti esigenze di pubblica sicurezza; tanto più che la stessa tutela della libertà individuale, intesa nella sua dimensione astratta di principio generale costituivo del nuovo paradigma liberale, aveva assunto, nella mente dei giuristi dell'epoca, una portata ben più ampia di quella riconosciutagli dal diritto positivo, configurandosi quale valore primario degno di essere salvaguardato dall'ordinamento[10].

Così, negli stessi anni in cui il tema dell'abolizione della pena di morte e la relativa esigenza di ripensare alla scala penale venivano posti al centro di un acceso e lungo dibattito dentro e fuori le aule parlamentari[11], la penalistica liberale non mancò di indirizzare un'aspra critica al sistema di

[8] L'articolo 26 dello Statuto, pur stabilendo che la libertà individuale dovesse essere garantita, contemplava che la stessa potesse essere limitata «[…] nei casi previsti dalla legge, e nelle forme ch'essa prescrive». A riguardo si veda G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, pp. 164 e 165.

[9] Cfr. L. Lacchè, *La giustizia per i galantuomini*, cit., pp. 16-18.

[10] Sulla tutela della libertà individuale, intesa quale «contenuto di un'aspirazione metagiuridica» propria della cultura liberale, progressivamente positivizzata per mezzo della codificazione penale: G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 165 e ss.

[11] Si rinvia a 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 1993, pp. 579-651; F. Mele, *Un codice unico per un'Italia nuova. Il progetto di Codice penale di Pasquale Stanislao Mancini*, Roma 2002; I. Mereu, *La morte come pena*, 3° ed., Roma 2007; E. Dezza, *Il problema della pena di morte*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava appendice, *Diritto*, Roma 2012, pp. 223-231.; E. Tavilla, *Guerra contro il crimine. Pena di morte e abolizionismo nella cultura giuridica italiana*, in A. Sciumè (cur.), *Il diritto come forza, la forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, Torino 2012, pp. 151-185; Id., *Gli avvocati italiani e l'abolizione della pena di morte*, in S. Borsacchi-G.S. Pene Vidari (curr.), *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna 2014, pp. 503-537.

prevenzione personale recepito all'interno dell'allegato B della legge n. 2248 del 1865, con la quale si era provveduto all'unificazione amministrativa del Regno[12]. Gli aspetti controversi legati all'implementazione di tale sistema erano molteplici: dalla impossibilità di riconoscere come legittimi i provvedimenti di polizia idonei a comprimere la libertà personale in assenza di un comportamento delittuoso, all'impiego della categoria del "sospetto" quale criterio fondante la prognosi di pericolosità di determinate categorie di individui; dall'eccessivo grado di discrezionalità riconosciuto all'autorità di pubblica sicurezza nel calibrare il regime esecutivo degli istituti di polizia preventiva, all'assenza di un adeguato controllo da parte dell'autorità giudiziaria[13]; dalla fitta rete di prescrizioni imposte ai destinatari delle misure di prevenzione - tale da esporli costantemente al rischio di incorrere in violazioni idonee a configurare ipotesi di contravvenzione -, al progressivo inasprimento del regime di sorveglianza derivante dall'applicazione automatica di un'ulteriore misura di polizia in caso di trasgressione[14]. Che l'esistenza dei meccanismi di polizia preventiva recepiti nella legge di pubblica sicurezza dovesse considerarsi inaccettabile all'interno di un ordinamento liberale risultava manifesto; laddove l'abrogazione dell'estremo supplizio aveva visto contrapporsi in una lunga battaglia gli esponenti della *scuola classica* e quelli della *scuola positiva*[15], l'impiego delle misure di polizia aveva comportato l'emersione di una comune visione critica del sistema di prevenzione personale,

[12] V. G. Tosatti, *Sicurezza pubblica, organizzazione centrale e periferica (all. B)*, in *150° dell'unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865, n. 2248)*, «Storia Amministrazione Costituzione», XXIII, Bologna 2015, pp. 91-129.

[13] Cfr. D. Petrini, *La prevenzione inutile*, cit., p. 2.

[14] L. Lacchè, *La paura delle «classi pericolose»*, cit., p. 171. Il sospetto maturato dall'autorità di pubblica sicurezza nei confronti di specifiche categorie di individui - alimentato da una condotta di vita irregolare, dalla voce pubblica, dalla presenza di precedenti penali o dalla recidiva - risultava idoneo ad innescare un meccanismo a catena, in cui ogni misura di polizia finiva per rappresentare un anello destinato a rafforzare la vigilanza esercitata sul soggetto destinatario del provvedimento.

[15] Sul tema si veda E. Tavilla, *Ordine biologico e ordine morale. Appunti sulla riflessione criminologica italiana in tema di pena di morte (sec. XIX)*, in «Historia et ius», X (2016), paper 25. Sui limiti di un'eccessiva polarizzazione tra *scuola classica* e *scuola positiva*, rispetto alla pluralità di posizioni assunte dalla dottrina penalistica liberale riguardo l'esigenza di riformare complessivamente il sistema penale, v. M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, t. I, Milano 2009, p. 35; Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., p. 503-506; F. Colao, *Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, in A. Mazzacane (cur.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli 1986, p. 107.

considerato tanto illegittimo quanto inefficace e, addirittura, dannoso. Ciononostante, gli istituti di polizia preventiva non solo continuarono a permanere all'interno dell'ordinamento italiano, ma furono anche posti al centro di un'azione governativa improntata a rafforzarne progressivamente il raggio d'azione ed inasprirne la disciplina[16].

La difficoltà della dottrina penalistica italiana nel contrastare le logiche sottese alla presenza di una "giustizia parallela" e nel preservare un modello garantista dinnanzi all'esigenza di fronteggiare molteplici emergenze sociali e politiche[17], doveva addebitarsi ad una pluralità di fattori. Il rimprovero

[16] La legge 2248/1865 - la quale aveva realizzato una prima sistematizzazione della materia e recepito stabilmente l'istituto del domicilio coatto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano - era stata successivamente modificata dalla legge 6 luglio 1871, n. 294, con la quale il legislatore aveva provveduto ad ampliare la platea di individui da considerarsi "sospetti" e passibili di vedersi irrogata una misura di prevenzione (v. art. art. 105, l. 2248/1865 [allegato B], così come modificata dalla legge 294/1871). Il sistema di pubblica sicurezza veniva successivamente riformato nel suo complesso, sotto il Governo Crispi, con la legge 23 dicembre 1888, n. 5888, divenuta operativa l'anno seguente con il regio decreto 30 giugno 1889, 6144 (serie 3ª). Le legge in questione, pur tentando di circoscrivere l'azione dell'autorità di pubblica sicurezza entro un quadro normativo di maggiori garanzie, aveva finito per confermare i margini di discrezionalità riconosciuti alla stessa nell'espletamento delle proprie funzioni e per assoggettare alle misure di polizia ulteriori categorie di individui, giungendo, com'è noto, fino all'esplicita criminalizzazione del dissenso politico; per far fronte alla minaccia rappresentata dall'opposizione socialista e anarchica, tra l'altro, il Governo provvedeva a promulgare, qualche anno più tardi, le eccezionali *leggi anti-anarchiche*, all'interno delle quali la misura del domicilio coatto veniva ad assumere un ruolo chiave nella repressione dell'opposizione politica. Sulla riforma della pubblica sicurezza crispina si vedano, G. De Rosa, *Sicurezza pubblica*, in «Digesto Italiano», XXI, 3 (1895), p. 365 e 366; P. Barile (cur.), *La pubblica sicurezza*, in *La tutela del cittadino, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione sotto l'alto patronato del Presidente della Repubblica*, *La tutela del cittadino*, II, Vicenza 1967, pp. 21-25; I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia «liberale» (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione. Atti dei convegni di studio «Enrico De Nicola». Problemi attuali di diritto e procedura penale*, 9, Milano 1975, pp. 207-210; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana: 1861-1993*, Bologna 1996, p. 143; G. Tosatti, *Sicurezza pubblica, organizzazione centrale e periferica (all. B)*, cit., pp. 104 e 105, 113-120. Con riguardo alla tendenza, più volte manifestata dal Governo italiano a seguito dell'Unità, ad utilizzare i "congegni di polizia" e, in particolare, il domicilio coatto per reprimere le varie forme di dissenso politico presenti sul territorio nazionale, v. G. B. Impallomeni, *Il domicilio coatto politico*, estratto da «La giustizia penale», III (1897), p. 34; M. Meccarelli, *Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi di legalità nel tardo Ottocento*, cit.; A. Agrì, *«Non è la morte il peggiore dei mali»: il domicilio coatto nell'Italia liberale*, in «Historia et ius», XXII (2022), paper 19; C. Peosio, *La questione criminale e il domicilio coatto nel giudizio dei socialisti*, in E. De Cristofaro (cur.), *Il domicilio coatto*, cit., pp. 103-121.

[17] M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-*

mosso dalla scienza giuridica al sistema delle misure di prevenzione, in primo luogo, dovette scontrarsi con il retaggio culturale dei loro stessi promotori, parte integrante di quell'orizzonte caratterizzato da molteplici livelli di legalità[18]. A ben vedere infatti, nonostante la penalistica liberale avesse più volte tentato di scardinare il sistema di *repressione sussidiaria* veicolato per mezzo dei provvedimenti di polizia preventiva, la stessa aveva finito per fornire all'impiego dei medesimi un'importante copertura ideologica, rinvenendo nell'ordinamento di pubblica sicurezza il campo idoneo a consentire la prevalenza degli interessi legati alla difesa sociale[19]. Lo stesso Carrara, strenuo difensore della libertà individuale, aveva riconosciuto come legittimo il cd. *magistero del buon governo* sulla base di un «principio di utilità» in virtù del quale non era necessario «attendere un fatto malvagio per agire» né tantomeno coordinare gli atti posti in essere tramite tale magistero «alla rigorosa giustizia»[20]:

> *[…] la polizia ammonisce, corregge, ed anche imprigiona; e spesso senza che siasi niente turbato l'ordine esterno, ma solo perché o il turbamento ragionevolmente si teme, o si è diminuita la prosperità del paese. Tutte queste severità, le quali possono essere anche leggiere, non attengono al magistero penale. I fatti che provocano tali misure possono dirsi trasgressioni, ma non sono delitti. […] Il criterio che separa il magistero penale dal magistero del buon governo, e che distingue così i delitti dalle trasgressioni, non può essere che questo: che il magistero penale deve colpire soltanto i fatti ai quali possa adattarsi il carattere di moralmente riprovevoli, perché ha misura del suo diritto nella giustizia assoluta; mentre il magistero del buon governo può colpire anche fatti moralmente innocenti, perché il fondamento del suo diritto è la pubblica utilità*[21].

1990), cit., pp. 491-492.

[18] Cfr. G. Filippetta, *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, in «Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti», II (2015) [https://www.rivistaaic.it].

[19] L'idea che la società dovesse essere difesa da orde di delinquenti pronti ad attaccarla in ogni momento, inoltre, era stata portata alle sue estreme conseguenze, sul finire del secolo, dal positivismo giuridico. Cfr. M. Gibson, *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano 2002; P. Marchetti, *Le "sentinelle del male". L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVIII (2009), t. II, pp. 1009-1080.

[20] F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, vol. I, 8° ed., Firenze 1897, p. 31.

[21] Ivi, pp. 36 e 37.

Carrara poneva l'essenziale distinzione tra magistero penale e magistero di polizia, nella ferrea convinzione che la compenetrazione tra queste due *forze* non generasse altro che confusione e arbitrio e che nella stessa dovesse rinvenirsi un tratto tipico dei governi dispotici. Nella riflessione carrariana la bipartizione tra legge penale e legge di pubblica sicurezza veniva correlata concettualmente alla distinzione ontologica tra illeciti di natura delittuosa e contravvenzioni, alla differente finalità operativa della repressione (*post-delictum*) e della prevenzione (*ante-delictum*), nonché alla conseguente ripartizione di competenze tra l'esercizio della funzione giurisdizionale e l'attività di polizia. Tali distinzioni teorico-operative non si esaurivano in una mera delimitazione di ambiti di intervento separati, bensì risultavano espressive di una più ampia elaborazione dogmatica volta a giustificare, in determinate circostanze, una compressione della libertà individuale atta a trascendere i limiti segnati dalla legge penale. Che siffatta prospettiva dischiudesse la possibilità di un modello di intervento autorizzato all'implementazione di azioni di controllo preventivo della devianza, consentendo l'affermazione di una logica di flessibilità normativa funzionale alla gestione dell'*urgenza*, appare evidente. La riflessione del Carrara, tuttavia, era stata animata da una diversa finalità: non da quella di avvallare un aggiramento delle garanzie statutarie, né tantomeno da quella di celare sotto le spoglie della prevenzione la repressione delle classi pericolose e marginali, bensì dall'esigenza di dotare il sistema penale di una struttura caratterizzata da una complessiva «coerenza interna»[22]. Risulterebbe erroneo, dunque, voler rintracciare nell'identificazione di fatti idonei ad attivare il magistero di polizia una volontà deputata a sganciare gli stessi dalla previsione di ipotesi tassative e opportunamente tipicizzate[23]; non era nelle intenzioni dell'insigne penalista lucchese riservare spazio all'introduzione di un regime di prevenzione personale caratterizzato dall'utilizzo del *sospetto* quale perno su cui fondare il ricorso a liberticide pratiche di polizia preventiva[24]. Che un sistema di questo tipo dovesse considerarsi illegittimo risultava un'opinione condivisa tanto dal Carrara

[22] Cfr. D. Petrini, *La prevenzione inutile*, cit., pp. 26 e 27.

[23] Ivi, p. 33.

[24] F. Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Torino 1874, p. 59: «Dove è pericolo di sicurezza si avrà ragione di vigilare; ma la vigilanza dovrà trovare ragione nei *fatti* e non in un odio perpetuo implacabile contro le *persone*»; in questi termini si esprimeva l'insigne giurista, ad esempio, con riguardo all'impossibilità sancita dall'art. 206 c.p.p. di concedere il beneficio della libertà provvisoria ad oziosi, vagabondi mendicanti e alle *altre persone sospette* menzionate dal capo III, titolo VIII, libro II del codice penale sardo.

quanto da quella parte della *penalistica civile*[25] che, pur riconoscendo all'opera di quest'ultimo un importante ruolo nella definizione della propria identità, aveva preso le distanze e proposto soluzioni alternative rispetto a quelle prospettate dal padre del liberalismo penale italiano.

In tal senso si era espresso Luigi Lucchini, il quale aveva ritenuto che lo studio e la critica delle misure di prevenzione dovesse considerarsi una «vera e propria spettanza del criminalista», al fine di scongiurare il rischio che - «sotto le infide spoglie di una famigerata arte del buon governo» - le stesse potessero trasformarsi in un'«arma di oppressione e di offesa alle guarentigie della libertà»[26]. In occasione del secondo Congresso giuridico italiano internazionale, tenutosi a Torino dal 7 all'11 settembre 1880, il direttore della *Rivista penale* aveva avuto modo di promuovere una serrata critica nei confronti degli istituti di polizia preventiva, i quali «mentre da un lato importano una giuridica afflizione ed una coercizione di indole penale, dall'altro, non si accompagnano ad una convinzione di reità, e ad una vera e propria condanna, e sono soggetti a rito economico ed a giurisdizione amministrativa»[27]: misure quali l'ammonizione di pubblica sicurezza e il domicilio coatto, combinate con le altre pene comuni presenti nel codice penale, finivano per comporre un «sistema completo di sanzioni afflittive»; non minori perplessità suscitava la disciplina della sorveglianza speciale di polizia, intesa quale *provvedimento giudiziale di prevenzione* che, pur qualificato quale pena accessoria dal codice penale, veniva ad assumere all'interno delle leggi di pubblica sicurezza una funzione distinta e sostanzialmente assimilabile a quella esercitata dai summenzionati provvedimenti di *prevenzione diretta*[28]. La relazione del Lucchini, presentata in seno alla commissione preposta allo studio della cd. *terza tesi*[29], relativa

[25] M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, t. I, Milano 2009; pp. 493-590.

[26] L. Lucchini, *Gli istituti di polizia preventiva*, in *Atti del II Congresso giuridico italiano internazionale tenuto a Torino l'anno 1880*, Torino 1881, pp. 35 e 36.

[27] Ivi, p. 37.

[28] *Ibid.*

[29] La Commissione – le cui determinazioni, negli intenti del Congresso, avrebbero dovuto rappresentare il «frutto della scienza e dell'esperienza d'ogni parte d'Italia» - aveva visto la partecipazione, insieme al Lucchini, di un'ampia e eterogenea platea di giuristi: Raffaele Feoli (Primo presidente della Corte d'appello di Torino; nonché Presidente della Commissione), Nicola Bartoccini (Avvocato del foro di Roma), Emilio Brusa (Professore a Torino), Antonio Buccellati (Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Pavia), Leonida Busi (Avvocato del foro di Bologna), Tancredi Canonico (Consigliere alla Corte di

alle misure di prevenzione, evidenziava la crescente preoccupazione della penalistica liberale rispetto all'utilizzo di detti provvedimenti; numerosi erano gli elementi idonei a denunciarne l'incompatibilità strutturale con l'ordinamento giuridico-valoriale dello Stato di diritto, nonché con i principi che avrebbero dovuto informarne il *iure penale*.

Lucchini contestava, in primo luogo, che una coercizione di natura penale – quale quella realizzata mediante le misure di polizia – potesse considerarsi ammissibile in assenza di ordinario procedimento, instaurato dinnanzi all'autorità giudiziaria. La presenza di un *iter* processuale anomalo e irregolare, unita all'eccessivo potere discrezionale attribuito agli ufficiali di pubblica sicurezza e all'assenza di parametri normativi chiari e predeterminati idonei ad orientare l'espletamento delle funzioni loro riconosciute, finiva per configurare un sistema atto a menomare il principio di legalità e porre in essere un'illegittima compressione dei diritti e delle libertà individuali; la possibilità di limitare gli stessi avrebbe dovuto fondarsi sull'acquisizione di prove concrete e idonee ad attestare l'effettiva pericolosità dell'individuo e non su mere supposizioni e pregiudizi riconducibili all'appressamento del singolo funzionario di p.s., al quale venivano attribuite facoltà tanto ampie da minare, altresì, la stessa separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario. Il ruolo della magistratura, intesa quale organo indipendente e preposto in via esclusiva all'amministrazione della giustizia, veniva inevitabilmente messo in crisi; il pretore - incaricato di comminare i provvedimenti di polizia - non era altro che un mero esecutore della volontà amministrativa, forzato a sottostare a logiche estranee al proprio magistero e a contribuire alla complessiva opera di *repressione sussidiaria* realizzata per mezzo delle misure di polizia[30]. Dal

Cassazione di Roma), Francesco Carrara (Professore a Pisa e Senatore), Raffele Conforti (Procuratore Generale alla Corte di Cassazione di Napoli e Senatore), Giorgio Curcio (Consigliere della Corte d'Appello di Napoli), Giovanni De Falco (Procuratore Generale alla Corte di Cassazione di Roma e Senatore), Pietro Ellero (Consigliere alla Corte di Cassazione di Roma), Giovanni Florenzano (Avvocato del foro di Napoli), Domanico Giurati (Avvocato del foro di Venezia), Erasmo Lucini (Avvocato del foro di Milano), Cesare Oliva (Procuratore Generale alla Corte d'Appello di Parma), Enrico Pessina (Professore a Napoli e Senatore), Sidney Sonnino (Deputato), Leopoldo Tarantini (Avvocato del foro di Napoli) e Gian Paolo Tolomei (Professore a Padova); a riguardo v. *Atti del II Congresso giuridico italiano internazionale*, cit., p. (13).

[30] Il Lucchini, a tal riguardo, aveva parlato di «dualismo di logica giudiziale e critica probatoria»: il pretore doveva barcamenarsi tra la logica poliziesca, fondata sul sospetto e attiva sul terreno della mera probabilità, e quella giudiziaria basata sulla certezza morale e sul libero convincimento del giudice, in nome della quale risultava necessario che la colpevolezza dell'imputato fosse supportata da un solido apparato probatorio (ivi, p. 108).

«concorso promiscuo dell'elemento giudiziario e amministrativo» prendeva vita un sistema di giustizia straordinario che, sulla base di una presunta efficienza nella prevenzione del crimine, finiva per compromettere la stessa fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni. Anche il profilo dell'efficienza veniva messo in discussione del Relatore attraverso l'analisi di un ampio ventaglio di dati statistici idonei a confutare la capacità delle misure di prevenzione di incidere sul problema della criminalità in Italia. Seppur soggetto a frequenti oscillazioni, il giurista riteneva che l'aumento di quest'ultima dovesse considerarsi più stazionario che progressivo[31]; anzi, risultava possibile osservare, al massimo, un tendenziale aumento del tasso di delinquenza proprio in archi temporali caratterizzati da un più frequente ricorso ai provvedimenti di polizia[32]. Quest'ultimi non solo dovevano considerarsi inadatti al raggiungimento degli obiettivi che il Governo aveva inteso perseguire con la loro istituzione, ma finivano altresì per aggravare la condizione economica e sociale dei soggetti che ne fossero destinatari, accrescendone la propensione al delitto e ponendo i medesimi sotto lo stigma delle "classi pericolose".

Nonostante il Relatore, prendendo le mosse da tali argomenti, avesse proposto un organico progetto di riforma degli istituti di polizia preventiva così come disciplinati nella legge di pubblica sicurezza allora vigente[33], numerose furono le difficoltà riscontrate in sede congressuale rispetto al raggiungimento di un consenso unanime circa le soluzioni da adottare per emendarne il regime. I disaccordi e i punti di frizione tra i congressisti erano stati molteplici e avevano riguardato la possibilità di abrogare o meno i provvedimenti di prevenzione, le riforme necessarie a sanarne il regime esecutivo e i profili di incostituzionalità, nonché la natura stessa delle misure di polizia[34]. A fronte di tali criticità, l'adunanza generale del Congresso decideva

[31] Ivi, p. 63.

[32] Ivi, p. 53.

[33] A titolo riepilogativo si ricorda come il Relatore avesse invocato nelle sue conclusioni: l'abolizione dei provvedimenti di polizia *ante-delictum* (ammonizione e domicilio coatto); la riforma della sorveglianza speciale di polizia; la previsione di ipotesi tassative, e circoscritte attraverso criteri positivi, alle quali ancorare la presunzione di sospettabilità del singolo individuo; la previsione di adeguate misure *post-delictum* da utilizzarsi congiuntamente alla pena principale (come, ad esempio, la malleveria e il lavoro coatto), per i soggetti ai quali l'autorità giudiziaria avesse riconosciuto un certo grado di pericolosità (ivi, p. 170).

[34] All'opinione di chi riteneva che i provvedimenti di polizia preventiva dovessero essere considerati come vere e proprie pene, strategicamente disciplinate all'interno delle leggi di pubblica sicurezza per essere rese uno strumento adattabile alla contingenza politica, si

di assestarsi, nelle sue deliberazioni finali, su una linea improntata ad una maggior cautela, limitandosi a riconoscere come «indispensabile ed urgente» la riforma degli istituti di pubblica sicurezza[35]. Emergeva in tutta la sua evidenza il problema di ricercare un giusto compromesso tra istanze securitarie e l'esigenza di garantire le libertà e i diritti individuali, dimostrando - per certi versi - come le prime tendessero sistematicamente prevalere sulle seconde. Fatta eccezione per il Lucchini che, incarnando il giurista liberale per eccellenza, in questa sede aveva tentato di scardinare dalle fondamenta il sistema delle misure di prevenzione disciplinato dalla legge di pubblica sicurezza[36], la maggioranza del Congresso aveva finito per accettare, come una sorta di male inevitabile, il sistema delle misure di prevenzione.

Se l'esperienza congressuale del 1880 aveva messo in luce la difficoltà di armonizzare le posizioni, talvolta completamente divergenti, dei più fervidi sostenitori del garantismo penale di fronte alla annosa questione degli istituti di polizia preventiva, ancora più complesso risultava conciliare le soluzioni prospettate dagli stessi con le riflessioni maturate dalla dottrina positivista, la quale aveva contrapposto alla teorizzazione "classica" della penalità una diversa concezione del diritto penale e della funzione preventiva della pena. La scuola positiva, com'è noto, aveva finito per porsi in una posizione di radicale rottura epistemologica con la scienza giuridica "tradizionale", ritenendo che l'attenzione della criminalistica dovesse essere spostata dall'analisi del delitto allo studio del suo autore[37]. Rifiutata una concezione meramente volontaristica del comportamento criminoso, i positivisti avevano identificato l'azione delittuosa come il risultato di una predisposizione biologica, psicologica e/o dettata dall'influenza di fattori economici e sociali. Dinnanzi alla sussistenza di elementi idonei ad escludere la capacità del singolo individuo di autodeterminarsi, la pena avrebbe dovuto perseguire quale finalità la prevenzione del crimine e, ove possibile, la rieducazione del reo attraverso l'utilizzo di strumenti adeguati a garantire la difesa sociale e la neutralizzazione dei soggetti

affiancava quella di alcuni congressisti convinti che a detti istituti dovesse essere giustamente riconosciuto il rango di provvedimento amministrativo (cfr. *Verbali della commissione preparatoria*, in *Atti del II Congresso giuridico italiano internazionale*, cit., pp. LIII-LXII).

[35] Si vedano i *Verbali dell'adunanza della terza sezione. Adunanza generale*, in *Atti del II Congresso giuridico italiano internazionale*, cit., pp. LXXI-LXXV.

[36] Sotto questo profilo la relazione del Lucchini doveva, e deve ancora oggi, considerarsi un vero e proprio manifesto delle principali problematiche connesse al sistema di prevenzione personale, rappresentando una sintesi di tutte le critiche mosse dalla penalistica liberale con riguardo alle misure di prevenzione.

[37] Cfr. E. Ferri, *Sociologia criminale*, 3° ed., Torino 1892, pp. 622 e 623.

pericolosi. Il modello criminologico ideato dai positivisti, è evidente, aveva finito anch'esso per offrire un'importante base teorica al sistema di polizia preventiva allora vigente, consentendo di giustificare l'adozione di una politica governativa tesa ad anticipare l'intervento punitivo dello Stato ad un momento precedente alla commissione del reato[38]. Tuttavia, così come nel caso del Carrara, è necessario operare una netta distinzione tra elaborazioni teoriche idonee a legittimare la presenza di un regime repressivo alternativo e l'effettiva posizione assunta dagli appartenenti al nuovo indirizzo con riguardo al sistema di prevenzione personale. Dall'esame di alcune testimonianze dei più alti esponenti del positivismo giuridico risulta evidente, infatti, quanto nemmeno nella riflessione di questi ultimi sembrasse esservi spazio per il ricorso a provvedimenti di polizia attivabili sulla base del mero sospetto. A ben vedere, la scuola positiva si era espressa molto duramente a riguardo; esponenti del calibro di Cesare Lombroso, Ernico Ferri e Raffaele Garofalo criticarono ampiamente le misure di prevenzione, denunciandone i profili di inefficacia e la natura vessatoria. Il Ferri in particolare - in occasione della discussione della nuova legge di pubblica sicurezza, proposta dal ministro Crispi, tenutasi alla Camera nella tornata del 16 novembre 1888 - aveva definito come illegittima qualsiasi limitazione della libertà individuale effettuata in assenza di una «positiva aggressione del diritto altrui»[39], individuando, dunque, nel delitto consumato o tentato la «soglia minima» idonea a far scattare tale limitazione[40]. In tale occasione l'istituto dell'ammonizione di pubblica

[38] A tal riguardo, Guido Corso ha giustamente osservato come il favore accordato a una visione atta a riconoscere alla pena la funzione di curare e – in certi casi – riabilitare il delinquente, unito al «rifiuto del principio retributivo», avesse finito per offuscare «[…] i confini tra pena e misura di polizia». Ciò aveva comportato un complessivo indebolimento di quelle posizioni critiche, aventi quale parametro proprio la penalità intesa nella sua dimensione retributiva, più volte indirizzate dalla dottrina nei confronti dei provvedimenti di polizia preventiva (G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna 1979, p. 279).

[39] *Atti parlamentari*, tornata del 16 novembre 1888, XVI Legislatura, 2ª sess. 1887-1888, p. 5260: «Secondo me, soltanto quando vi sia una positiva aggressione al diritto altrui privato o pubblico, può la società, può l'ente collettivo sopprimere anche il diritto individuale di colui che questo diritto collettivo aggredisce e viola; ma finché non ci sia positiva aggressione del diritto privato pubblico, può sì la polizia aver i suoi mezzi di sorveglianza sulle classi pericolose della società (non sono così ingenuo da pretendere che il ministro dell'interno, e per esso gli agenti di pubblica sicurezza, non debbano avere i mezzi a garantire i galantuomini contro le possibili aggressioni delle classi pericolose della società); ma essa deve assicurare questa sorveglianza col suo magistero normale [….]»

[40] D. Petrini, *La prevenzione inutile*, cit., pp. 116 e 117. Sul punto di veda anche E. Ferri, *Sociologia criminale*, cit., pp. 87 e 88.

sicurezza era stato descritto dal giurista come una misura «assolutamente inefficace» e «vessatoria in un modo assolutamente insopportabile in un regime civile», tale da accrescere la propensione al delitto dell'ammonito[41]. Anche il Lombroso aveva espresso un giudizio estremamente negativo a riguardo, già nel 1879, rinvenendo nell'utilizzo delle ammonizioni, della sorveglianza speciale e, in ultima istanza del domicilio coatto, dei rimedi «[…] poco legali, poco utili […] impotenti sempre e spesso dannosi» per il miglioramento della pubblica sicurezza e per la difesa della società[42]; sempre il medico veronese, a seguito della promulgazione del nuovo testo di pubblica sicurezza del 1889, aveva definito il domicilio coatto «la larva di una casa di pena per gl'incorregibili», un provvedimento ingiustificato e inutile al ravvedimento degli assegnatari, il cui utilizzo finiva altresì per fornire ai *malfattori* un'ulteriore occasione per associarsi[43]. In maniera ancora più *tranchant* a riguardo si era espresso il Ferri, il quale aveva equiparato l'istituto ad un «tumore maligno», caratterizzato da una prassi esecutiva profondamente viziata dal «veleno dell'arbitrio, del sospetto e del sopruso […]»[44]. Ancora, il "fondatore" della criminologia, Raffaele

[41] *Atti parlamentari*, cit., pp. 5261-5262. Per una approfondita disamina critica delle varie prescrizioni imposte agli ammoniti si veda M. Rebora, *Oziosi e vagabondi*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, XII, 1915, pp. 1301-1302.

[42] C. Lombroso, *Sull'incremento del delitto in Italia e sui mezzi per arrestarlo*, 2° ed., Torino 1879, pp. 64 e 65: «Tutti coloro che hanno pratica dei delinquenti e della questura sanno che la così detta sorveglianza occupa una gran parte delle guardie di pubblica sicurezza, con una spesa di più di 4 milioni e tutto senza un vero vantaggio, poiché i delitti sono in gran parte commessi da questi sorvegliati od ammoniti, ma la sorveglianza è causa essa stessa di nuovi deletti e certo della miseria dei delinquenti, poiché denunciandoli colle visite personali, agli onesti impediscono di trovare a mantenere impiego. […] S'aggiunga l'enorme numero degli arresti, la consecutiva perdita del Governo e dei privati, pei reati, pelle spese di carcerazione, di giudizio, contro ai contravventori, e l'arbitrio enorme per cui la mancanza di un saluto alle guardie, oppure il saluto ad un sospetto, il ritardo di un quarto d'ora nel rientrare a casa […] possono essere causa di arresto […]. Altrettanto peggio si dica dell'ammonizione, che non ha almeno la speranza di limiti, di un fine che ha pur la sorveglianza. Incredibile è la perdita di lavoro che questa produce, mentre essa è escogitata per ottenere il contrario».

[43] C. Lombroso, *L'uomo delinquente*, 5° ed., vol. III, Torino 1897, p. 476.

[44] Che l'istituto avesse assunto tale fisionomia nella sua «pratica applicazione», secondo Ferri, risultava particolarmente evidente guardando alla legge eccezionale del 16 luglio 1894, n. 316, promulgata per far fronte all'opposizione politica anarchica e socialista (E. Ferri, *Il domicilio coatto*, in «La Scuola Positiva», VII [1897], 1, p. 281). Il provvedimento crispino era stato fortemente criticato anche da Giovan Battista Impallomeni, il quale riteneva che con l'art. 3 della legge il Governo avesse inteso colpire indirettamente «la propaganda socialista» (G. B. Impallomeni, *Il domicilio coatto politico*, cit., p. 7.

Garofalo, aveva constatato – si potrebbe affermare, con un certo rammarico – come la misura del domicilio coatto avesse continuato a permanere all'interno dell'ordinamento italiano, nonostante le «accuse, in gran parte fondate» mosse nei confronti di tale istituto, quale «unico, per quanto poco efficace» strumento di «eliminazione» dei criminali più pericolosi[45].

Le argomentazioni poste alla base dell'avversione manifesta dai giuristi positivisti nei confronti delle misure di prevenzione, a ben vedere, finivano riprendere, sotto molteplici aspetti, la critica posta in essere dalla scuola classica. I diversi modi di intendere la penalità emersi e consolidatisi sul finire del XIX secolo potevano certamente essere ricondotti, dopotutto, a un condiviso patrimonio culturale: l'ideologia della difesa sociale e l'identificazione dei valori fondamentali degni di essere tutelati dall'ordinamento erano i medesimi[46]. Tuttavia, una diversa «attitudine metodologica generale riguardo alla spiegazione della criminalità», aveva indotto i positivisti a adottare soluzioni estremamente diversificate con riguardo ai mezzi adeguati a provi un freno[47]. In contrapposizione al sistema di polizia preventiva, la scuola positiva propugnava l'adozione di un modello di intervento penale complessivamente riformato, imperniato sull'impiego delle cd. misure di sicurezza e dei cd. sostitutivi penali. Le prime, da comminarsi solo a seguito di regolare *iter* processuale, avrebbero dovuto prevenire la commissione di ulteriori atti delittuosi da parte di soggetti ritenuti socialmente pericolosi, consentendo di calibrare l'intervento punitivo in base al grado di pericolosità rilevato dall'autorità giudiziaria; attraverso la convergenza di funzione preventiva e funzione repressiva in unico provvedimento, il sistema penale avrebbe potuto perseguire efficacemente anche le finalità proprie dell'autonomo sistema di prevenzione personale, privando così lo stesso della propria ragion d'essere[48]. Con i sostitutivi penali, invece, l'ordinamento avrebbe potuto agire sulle cause più profonde e strutturali della criminalità attraverso un'azione preventiva indiretta veicolata tramite un eterogeneo ventaglio

[45] R. Garofalo, *L'abolizione del domicilio coatto e i provvedimenti contro i delinquenti abituali*, in «Rivista di diritto e procedura penale», II (1911), p. 36. Tra gli appartenenti al "nuovo indirizzo" - è bene evidenziarlo - erano emerse, in realtà, anche posizioni favorevoli al mantenimento del tanto criticato istituto; a titolo esemplificativo, cfr. L. Anfosso, *Domicilio coatto*, in «Enciclopedia giuridica italiana», IV (1921), pp. 665-688.

[46] Cfr. F. Colao, *Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 107.

[47] A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuirdico-penale*, in *Quaderni della Rivista «La questione criminale»*, V (1982), p. 39.

[48] Cfr. D. Petrini, *La prevenzione inutile*, cit., p. 107.

di interventi di ordine economico, politico, legislativo, amministrativo, scientifico e, altresì, religioso, familiare e educativo[49]. Il ricorso a strumenti che consentissero di rimuovere le cause sociali della criminalità risultava coerente con quella visione del mondo criminale che i positivisti avevano maturato prendendo le mosse dallo studio della figura del delinquente e delle cause sociali e psicologiche poste a fondamento delle condotte delittuose. Tale analisi aveva indotto, infatti, ad operare una distinzione anche con riguardo ai soggetti destinatari delle misure di prevenzione, tra devianti patologici e delinquenti riabilitabili[50]. Era stata tale distinzione a prefigurare il ricorso alle misure di sicurezza e ai sostituivi penali quale strada più adeguata ad incidere sul tasso di criminalità, in luogo di quella che il legislatore aveva inteso percorrere ricorrendo alle leggi di pubblica sicurezza.

In ultima analisi, la critica positivista alle misure di prevenzione più che ridursi a un mero rigetto degli strumenti di controllo sociale, veniva a configurarsi come la rivendicazione di un approccio, a dire degli stessi giuristi positivisti, più scientifico e più efficiente nella gestione del fenomeno criminale. L'obiettivo era quello di riformare integralmente il diritto penale, impiegando i saperi criminologici nell'identificazione di strumenti sanzionatori e preventivi maggiormente adatti a consentire la neutralizzazione, e in alcuni casi, l'eliminazione dei soggetti pericolosi. Siffatta prospettiva aveva indotto i positivisti a prediligere il ricorso al

[49] E. Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna 1884, pp. 332-364; «[…] ciò che più mi preme notare» - incalzava il Ferri - «[…] si è la differenza sostanziale, che passa tra […] prevenzione di polizia e prevenzione sociale. La prima si limita ad impedire il reato, quando il germe ne è sviluppato ed esso è imminente, e con mezzi per lo più di coazione diretta, che avendo natura repressiva, già sono praticati con esito infelice, e spesso anzi riescono soltanto a provocare nuovi delitti. La prevenzione sociale invece si spinge fino alle remote origini del delitto, per impedire i germi più lontani, determinando i diversi fattori antropologici, fisici e sociali del fenomeno criminoso, cui si oppone con mezzi del tutto indiretti e basati sul libero gioco delle leggi psicologiche e sociologiche […]» (ivi, p. 416). A riguardo, è bene evidenziare come all'interno della stessa scuola positiva, tuttavia, vi fossero divergenze sull'ampiezza e la fattibilità di tali interventi. Il Garofalo ad esempio, pur non rifiutando completamente l'idea dei sostitutivi penali propugnata dal Ferri, aveva espresso qualche perplessità a riguardo, ritenendo che l'impiego degli stessi dovesse ispirarsi a criteri maggiormente selettivi e realisti; in tal senso, gli interventi tesi ad eliminare la povertà, attraverso una ridistribuzione della ricchezza, difficilmente sarebbero risultati idonei a troncare sul nascere ogni tipologia di azione criminosa, non potendo nulla la scomparsa della miseria contro la *cupidigia* umana (cfr. R. Garofalo, *Criminologia. Studio del delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino 1885, pp. 182-201).

[50] A riguardo si veda, ad esempio, lo studio di Eugenio Florian e Guido Cavaglieri, *I vagabondi*¸ in «La scuola positiva», anno IV, I (1894), pp. 385-425.

lavoro coatto e alla deportazione[51], il ricovero in ospizi e l'internamento manicomiale[52], le misure di sicurezza e – per i casi più gravi – la pena di morte, rinvenendo i tali provvedimenti i mezzi più adeguati a combattere il fenomeno criminale. Che tale visione finisse inevitabilmente per scontrarsi con quanto propugnato dalla scuola classica risultava evidente[53]: le divergenti impostazioni ideologiche e metodologiche che avevano contraddistinto i due filoni dottrinali finivano per costituire un elemento preclusivo all'individuazione di un comune denominatore operativo in grado di consentire un'azione coordinata dei medesimi. La penalistica italiana, seppur concorde nel considerare illegittimo il ricorso a una macchina di polizia preventiva attivabile sulla base del mero sospetto, aveva prospettato soluzioni tutt'altro che uniformi, dimostrandosi incapace di pervenire a proposte di riforma unitarie e autenticamente incisive. Tra le opinioni dottrinali animate dall'esigenza di strutturare il diritto penale all'interno di un sistema coerentemente ordinato, quelle mosse dalla preoccupazione che il *cittadino onesto* potesse rimanere imbrigliato in un intricato sistema di provvedimenti di polizia preventiva e quelle volte ad auspicare una riforma del diritto penale idonea ad "assorbire" all'interno della codificazione gli stessi meccanismi di prevenzione, l'identificazione di un terreno di lotta comune veniva a costituire un obiettivo il cui raggiungimento risultava tutt'altro che scontato. Così, nel 1889, con la simultanea adozione del codice penale Zanardelli e della nuova legge di

[51] Appurata la presenza di «individui incompatibili con la civiltà», dominati da «istinti selvaggi» tali da renderne impossibile la sottomissione «alle norme di attività pacifica», il magistrato napoletano Raffele Garofalo identificato nell'espulsione perpetua dal suolo nazionale una valida soluzione per far fronte al fenomeno della delinquenza: «Per tutelare la società non vi ha dunque che due mezzi: imprigionarli per sempre, ovvero espellerli per sempre. Il primo sarebbe non solo troppo crudele, ma anche pecuniariamente dannoso allo Stato. […] la deportazione è dunque il mezzo di eliminazione adatto ai ladri di mestiere, ai vagabondi, ed in generale, a tutt'i delinquenti abituali. Solo in condizioni affatto nuove di esistenza, essi potranno divenire adattabili» (R. Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 254)

[52] C. Lombroso, *L'uomo delinquente*, 5° ed., t. III, Torino 1897, pp. 356-357.

[53] La proposta positivista, pur animata da un intento di difesa sociale, in alcune sue manifestazioni evidenziava, tra l'altro, rischi di compressione delle libertà individuali non meno significativi di quelli riscontrati nell'utilizzo delle misure di prevenzione. Lo stesso Lombroso, ad esempio, pur bollando come inefficacie la misura del domicilio coatto - misura ampiamente utilizzata dal Governo per far fronte al problema dell'dissenso politico -, aveva proposto di ricorrere ai manicomi criminali per il ricovero di «epilettici monomani e mattoidi infetti d'anarchismo», nonché alla «sequestrazione perpetua» per «gli individui più pericolosi, appena abbiano commesso un grave delitto comune, possibilmente nelle isole lontane dell'Oceania» (C. Lombroso, *Gli anarchici*, 2° ed., Torino 1895, p. 121).

pubblica sicurezza crispina, il doppio livello di legalità veniva formalmente, e stabilmente, recepito all'interno dell'ordinamento italiano; i due corpi normativi, esito di un protratto processo di elaborazione legislativa e dottrinale, avevano consentito di delineare una biforcazione strutturale del sistema sanzionatorio idonea ad assicurare, in due campi distinti, la libera esplicazione degli interessi legati rispettivamente alla garanzia dei diritti e alla difesa sociale.

A seguito di una battaglia durata quasi trent'anni, la nuova codificazione aveva espunto la pena di morte dall'elenco delle sanzioni penali, segnando la vittoria del fronte abolizionista, nonché recepito, più in generale, una visione "classica" della penalità. Al codice che aveva rappresentato la «più rilevante espressione della penalistica civile di orientamento liberale»[54] si accompagnava, però, una legge di pubblica sicurezza tramite la quale il Governo aveva provveduto ad inasprire ulteriormente la disciplina delle misure di prevenzione, identificate, da chi avesse avuto modo di sperimentarne gli effetti, come un male ben peggiore della pena capitale[55]. Né la penalistica civile, né i giuristi positivisti - le cui teorie sulla difesa sociale avevano certamente fornito un significativo supporto all'opera riformatrice crispina - avevano viste accolte, nella sostanza, le proprie istanze[56]. La sconfitta di entrambi gli orientamenti dottrinali doveva imputarsi non solo all'incapacità di unire le forze al fine di pervenire a una proposta di riforma unitaria, ma altresì all'impossibilità di contestare

[54] M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., p. 508. La nuova codificazione penale aveva provveduto a consacrare stabilmente al suo interno il principio di legalità, quello di irretroattività della legge penale, nonché una concezione garantista della pena quali elementi fondanti un diritto di punire coerentemente ordinato ai valori dello Stato liberale. Per una disamina più dettagliata delle già ben note innovazioni introdotte dal nuovo impianto normativo v. ivi pp. 507-512; P. Nuvolone, *Giuseppe Zanardelli e il Codice penale del 1889*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano 1984, pp. 961-985.

[55] «Non è già la morte il peggior di tutti i mali, e se nella legislazione politica la pena capitale è scomparsa, l'ànno sostituita con qualche cosa di più e di peggio» affermava il deputato abruzzese Ettore Croce, assegnato a domicilio coatto durante il Governo Pelloux, prima, nella colonia delle Tremiti e, poi, presso la colonia di Lipari (E. Croce, *Nel domicilio coatto. Notarelle di un relegato*, Lipari 1900, p. 11). A riguardo si veda anche il già citato contributo di Alessandro Agrì (*«Non è la morte il peggiore dei mali»*, cit., p. 24).

[56] Le innovazioni introdotte al fine di rendere procedura applicativa delle misure di polizia maggiormente giurisdizionalizzata non valse a mutare lo spirito della legge di pubblica sicurezza, il quale finiva per prosi in una linea di continuità con quello incarnato dai precedenti provvedimenti normativi e conservare i connotati di un sistema autoritario fondato su ipotesi di pericolosità sociale. Cfr. D. Fozzi, *Tra prevenzione e repressione*, p. 163.

l'adozione di un provvedimento normativo funzionale a preservare la purezza della stessa codificazione penale, relegando nell'alveo della pubblica sicurezza tutti gli elementi che potessero minarne lo spirito liberale[57]. È in questo tentativo di tutela della codificazione che si annidava il seme di una contraddizione insanabile: se, da un lato, il codice aveva decretato il trionfo del garantismo liberale, dall'altro il ricorso alla legge di pubblica sicurezza tradiva, indirettamente, il timore di una vittoria precaria, imponendo un contrappeso normativo che, nei fatti, finiva per attenuarne la portata e ridefinirne i confini entro una logica volta a privilegiare l'equilibrio formale del sistema giuridico rispetto alla piena realizzazione dei suoi principi sostanziali.

[57] In tal senso, la presenza di molteplici livelli di legalità costituiva quella che Luigi Lacchè ha giustamente definito come la «dimensione penale della costituzione materiale dello Stato liberale», espressiva di una «struttura mentale, antropologica e tecnico-operativa», tipica dell'ordine liberale, riassumibile nella dialettica ordine/libertà e tradottasi nella dicotomia legge di pubblica sicurezza/Codice penale (L. Lacchè, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», anno LX, II (2017), p. 431). Sul tema della legge di pubblica sicurezza intesa quale strumento funzionale a "salvaguardare la codificazione penale" cfr. G. Neppi Modona, L. Violante, *Poteri dello Stato e sistema penale: corso di lezioni universitarie*, Torino 1978, p. 170.

Indice dei nomi

Adornato F., 141
Agrì A., 226, 238
Agüero A., 44
Ainis Gaetano (impresa), 116
Ajello R., Alciato A., 128 Ma
Alberghini P., 139
Alejandre García J. A., 96
Alessandrini E., 161
Alessi Palazzolo G., 208
Alfonso XII (Spagna), 74
Alfonso XIII (spagna), 92
Alimena B., 180
Allegue Aguette P., 28
Almirante G., 145, 149, 157, 156, 155, 164, 168
Aloisi U., 114
Alonso y Alonso J. M., 44
Altimari B., 214
Alvarado Planas J., 25, 26, 47
Álvarez de Toledo y Zúñiga P., 213
Álvarez García F. J., 34, 44
Álvarez Martínez C., 49, 47, 56, 52, 51
Amato G., 224
Ambron D., 213
Amnesty international, 169
Amodio E., 153
Ancora T., 171
Anfosso L., 235
Antón Oneca J., 27, 28, 31, 47
Antonicelli F., 159
Antonielli L., 214
Arenal C., 76
Arenal Ponte C., 76
Armellino G., 216
Astray Millán J., 141
Autonomia Operaia, 152
Azórin (J. A. T. Martínez Ruiz), 91
Baccelli G., 113
Bacchialoni A., 113
Bachelet V., 161
Bádenas Zamora A., 28, 29, 34, 45, 46, 48, 49, 60, 61, 63
Baldo (degli Ubaldi), 12
Balenzano N., 113
Baranelli, 125
Baratta A., 11, 130, 169, 235
Baravelli A., 135
Barbero Santos M., 61
Barcellona P., 128
Barenghi M., 124, 125, 126
Barile P., 226
Barja de Quiroga J., 32, 49, 58, 63, 80, 93
Baró Pazos J., 28, 29, 45
Baronti G., 205, 216, 218
Barrere (parte processuale), 112
Bartoccini N., 229
Bartoli D., 162

Bartolo da Sassoferrato, 12
Bartolomei legge, 137, 138
Barzilai S., 113, 114
Bascuñán Anóver O., 75
Basile E.,11
Baskerville (da) Guglielmo, 170
Baudelaire Ch., 165
Beccaria C., 9, 26, 31, 47, 131, 141, 149, 155, 161, 166, 171, 185,
Belardinelli D., 171
Bellabarba M., 202, 212
Belpoliti M., 127, 128
Benigno F., 198
Bentham, 26, 31, 32, 46, 47
Berìa di Argentine A., 153, 154, 166
Beria di Argentine A., 154, 153
Berlinguer L., 7, 152, 154
Bermejo Cabrero J. L., 44
Bermejo Castrillo M. Á., 25, 52, 33, 35
Bernal y Lozano T., 61
Bettiol G., 128, 129, 133, 148, 171
Bettoni A., 211
Bexon S., 26, 31, 32
Biagi E., 170
Bianchi di giustizia (confraternita), 217, 218, 219
Birocchi I., 4, 17, 109, 127, 206
Bobbio N., 130, 131, 159, 169
Bocca G., 135
Bonaparte Giuseppe, 29
Bonasi A., 107, 115
Bontempo A., 116
Borghi C. A., 16
Borsacchi S., 4, 224
Boscoli P. P., 5
Bourcard (de) F., 201
Bouzat P., 140
Bracci A., 133
Branca G., 143, 146, 158
Branca G., 148
Bravo Murillo J., 47
Bricola F., 130, 134
Briganti F., 204
Briganti T., 205, 204, 208, 209
Bronzini G. B., 200
Brusa E., 229
Brutti M., 4
Buccellati A., 229
Buniva G., 110
Buonconto A., 152
Burke P., 198
Busi L., 229
Buttitta I. E., 198
Buzzati D., 134
Caizza G. D., 166
Calamandrei P., 144
Calatrava J. M., 31, 32
Calogero P., 152
Calvert R., 95
Calvino I., 123, 124, 125, 126, 127, 128, 161, 172
Campoamor Cl., 91
Camponeschi P., 109, 110
Camus, 134
Canderozzi G., 110
Cañizares Navarro J. B., 31, 32, 35

Cannizzaro S., 115
Canonico T., 229
Canosa R., 169, 222
Cantini L., 8
Capasso B., 213
Capponi A., 5
Cappuccio A., 107
Carlo I (Angiò), 208
Carlo II (Angiò), 208
Carlos III (Borbone Spagna), 27, 34
Carlos IV (Borbone Spagna), 26
Carmignani G., 3, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21
Carnevale E., 2, 114, 173, 177, 179, 181-189, 191, 192, 195
Carrara F., 1, 2, 4, 9, 11, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 115, 194, 227, 228, 230, 233
Carretero Sánchez A., 31
Casabó Ruiz J. R., 27, 28, 44, 45, 46
Casalegno C., 126
Caselli G. C., 152
Castejón Calderón R., 45
Castejón F., 62
Castelar E., 74
Castro y Orozco J., 51
Cavaglieri G., 236
Cavagnero S. M., 198
Cavaliere A., 11
Cavallero bandito, 134, 135, 165
Cavanna A., 5
Cazzullo G., 174
Centini M., 199
Cercignani P., 7
Ceronetti G., 161
Cerrito G., 116
Cesaro A., 189
Chiodi G., 211
Cianciulli L. V. G., 132
Cirillo C., 168
Clarós J. M., 56
Cobo del Rosal Pérez G., 80
Coco G. S., 164
Colajanni N., 180
Colao F., 1, 3, 7, 22, 133, 147, 177, 223, 225, 235
Colegio de Abogados de Madrid, 40
Colozza R., 152
Colussi R., 214
Compagnia del Gesù, 215
Conforti R., 230
Conso G., 138, 148, 164, 165
Coppino M., 113
Corrado IV (Hohenstaufen), 208
Corsini P., 150
Corso G., 233
Cortés C., 48
Cortes de Cádiz, 30
Cortese E., 17, 109, 128, 127, 205
Corvisieri S., 144
Cosimo III (Medici), 5
Cossiga, 150, 151, 168
Cossovich E., 201
Cossu A., 166
Costa P., 128
Costa P., 4, 121, 130, 170
Costamagna G., 149

Costanzo S., 139
Covino L., 214
Cremani L., 12, 13, 14
Crisafulli G., 116
Crispi F., 111, 233, 238
Croce B., 134
Croce E., 238
Cucinotta G., 116
Cuello Calón E., 31, 45, 62, 91
Cuello Contreras J., 31
Curcio G., 230
Curi U., 11
Cutrufelli C., 110, 116
D'Alessio S., 214
D'Alterio D., 109
D'Antonio N., 200
D'Ignoti G., 173
D'Ormea A., 133
D'urso F., 157, 155
D'Urso G., 154
Da Passano M., 16, 221, 224
Dall'Ora A., 136, 137, 162
Dalla Chiesa C. A., 135, 151, 154
Damaska M., 210
Damiens R. F., 147
Daneo E., 113
Danusso C., 175
Dari L., 113
Darwin Ch., 191
De Benito Fraile E., 44
De Benoist A., 157
De Bernardo D., 110
De Blasio E., 176
De Cardenas F., 47
De Carli G., 152
De Cataldo F., 148
De Cristofaro E., 222, 226
De Dios De Dios S., 32
De Falco G., 230
De Felice G., 120
De Feo S., 134
De Francesco G., 22
De Frede C., 213
De Maistre, 134
De Martino A., 18, 213
De Moya F. J., 62
De Nicola E., 175, 226
De Notaristefano R.. 114
De Pasquale D., 119
De Pretis, 111
De Rivera Primo M., 92, 80
De Romanis R., 217
De Rosa C. A., 206, 205
De Rosa F., 18, 213
De Rosa G., 226
De salvo C., 112
De Sarno A., 205, 207
De Simoni E., 198
De Unanumo M., 141
De Ureña R., 91
Del Noce A., 131
Del Rosso Fra., 18
Delitala G., 238
Delogu T., 21
Dezza E., 203, 224
Di Fausto F., 133

Di Rienzo R., 158, 160, 161
Díaz J., 198
Domingo Sanjuán M., 91
Dorado Montero P., 76
Dossi, 134
Dostoevskij F., 178
Dozier, 152, 168
Dupaty Ch., 9
E. G., 173, 175
Eco U., 161, 169, 170
Edigati D., 6, 7
Ellero P., 16, 192, 195, 186, 187, 230
Enrico V (dinastia salica), 208
Enrico VIII (Tudor), 155
Èschine (oratore), 121
Escudero López J. A., 31
Fabriani R., 170
Falcetto B., 124
Fanfani A., 171
Faranda F., 107, 109, 110, 111, 112, 116,
Federico II (Hohenstaufen), 208
Felipe V (Borbone Spagna), 26, 28
Feoli R., 229
Ferdinando II (d'Asburgo Lorena), 11
Fernando VI (Borbone Spagna), 26
Fernando VII (Borbone Spagna), 26, 45
Ferrajoli L., 11, 23
Ferrajoli L., 129, 150
Ferraris D., 198
Ferrer i Guardia F., 79
Ferri E., 22, 107, 113, 115, 118, 145, 147, 180, 183, 187, 188, 192, 194, 195, 232, 233, 234, 236
Fiandaca G., 179
Fiesta Loza A., 44
Filangieri G., 13, 14, 26, 31, 32, 33, 46, 47
Filippetta G., 227
Filippo II («el prudente»), 217
Finocchiaro-Aprile C., 107, 109, 113, 114, 174
Fioravanti M., 176, 203
Fiorelli P., 207, 208, 210
Firpo L., 155, 164
Florenzano G., 230
Florian E., 236
Forlani A., 171
Fornaciari L., 19
Fort C., 132
Forti G., 154
Fortino G., 108
Foschini G., 132
Foucault M., 217, 222
Fozzi D., 222, 238
Franco F., 92
Frazer J. G., 125
Fulci F. P., 116
Fulci L., 107-122
Fulci N., 112
Galante Garrone A., 136, 143, 160, 163
Galletti G., 116
Galletti L., 108
Galli & C. (impresa), 116
Galli G. 152, 162
Gallina M. A., 198
Galvaligi E., 154, 155
Garcia Márin J. M., 60

García Valdés C., 35, 33
Garelli N. M., 37
Garfinkel P., 222
Garlati L., 129, 204, 210, 214
Garofalo R., 193, 191, 188, 233, 234-235, 236, 237
Gascón y Marín J., 91
Genovese L., 117
Geri M. P., 1, 2, 3, 4, 5, 17-20, 109, 177
Getty P., 139
Giampietro L., 114
Giannuzzi Savelli B., 112
Gianoli M., 174
Giardini A. E., 202
Gibson M., 227
Ginzburg C., 198
Ginzburg N., 161
Giordano (parte processuale), 116
Giraffi A., 214
Girardi F., 113
Giuliani L., 159
Giurati D., 230
Giusti G., 15
Godana F., 204
Gonzáles Martínez C., 92
González Serrano J., 73
Gotor M., 145, 154
Gozzini M., 171
Grazioli G., 114
Greco O., 207, 209
Grevi V., 137, 159
Grima W., 1-2
Grimaldi G., 207, 208
Grimaldi R., 198, 199
Grippo P., 113, 114
Groizard y Gómez de la Serna A., 65, 64, 62
Guadagni L. A., 13
Gualfrè M., 151
Guardia Nazionale Repubblicana (governo fascista), 174
Guarino A., 141
Gui L., 138
Guicciardi E., 133
Guicciardini F., 147
Hegel G. W. F., 109
Hermanead de Paz y Caridad de Madrid, 26, 46
Hobbes Th., 121
Hugo V., 134
Hyde E., 117
Iannello (parte processuale), 116
Ignazi P., 156
Illibato A., 218
Imbriano G., 199
Impallomeni G. B., 180, 226, 234
Iñesta Pastor E., 47, 48, 49, 56, 62
Infante Miguel-Motta J., 32
Inghilleri C., 113
Isabel II (Borbone), 26, 46, 48, 61
Jekyll H., 117
Jemolo C. A., 149
Jiménez de Asúa L., 31, 91, 96
Kafka F., 134
Kent V., 91
La Barbera F., 175, 173
La Malfa U., 148, 168

Lacchè L., 3, 15, 22, 129, 147, 222, 223, 224, 225, 239
Lajoacono G., 133
Lala P., 174
Lalind Abadia J., 33
Lamarck (de) J. B., 190
Lampredi G. M., 9, 13
Landrove Díaz G., 27, 45, 46
Lardizábal Uribe (de) M., 26, 28
Lasso Gaite J. F., 29, 30, 37, 40, 49, 77
Latini C., 180
Legnani Annichini A., 118
Leone G., 133
Leopoldo II d'Asburgo Lorena, 19
Lettieri N., 144
Levi P., 161
Lindbergh jr. Ch. A., 138
Lizzani C., 134
Lo Muscio A., 144
Loffredo-Pulejo-Gutkowski (casata), 119
Lombroso C., 192, 183, 188, 233, 234, 237
Longhi S., 114
López Barja de Quiroga J., 61
Lorente M., 44
Loretelli R., 217
Lucchini L., 229, 230, 232
Lucea Ayala V., 75
Lucia A., 33
Luciani M., 23
Luongo D., 209
Lupària L., 137
Luzi M., 172
Macanaz (de) M. R., 27
Madison J., 158
Maffei (Commissario di Pisa), 7
Magaudda V., 108
Magritte R. F. G., 125
Maire Vigueur J. C., 206
Majno L., 114
Majorano Fer., 209
Malafronte L., 198
Mamiani T., 109
Mancini P. S., 20, 112, 224
Manfredi di Hohenstaufen, o di Svevia, o di Svevia, 208
Mangano O., 110
Manjón-Cabeza Olmeda A., 44
Mannori L., 5
Manuel de Roda, 27
Manzi T., 7, 8
Manzini V., 22, 114
Maradei Fer., 204, 205, 206, 209
Maradei Fra., 209, 208, 210
Marangoni L., 161
Marchetti P., 203, 222, 227
Marcos Gutiérrez J., 27
Margiotta Broglio F., 149
Marinucci G., 128, 171
Marinuzzi A., 113
Marozzi M., 161
Martelli M., 125
Martií Soro J., 32
Martini C. M., 135
Martone L., 132, 223
Martorell Linares M. A., 25

Marullo S., 116
Masferrer A., 26, 28, 33, 35, 43, 54, 73, 75, 80
Masi A., 146
Massitti F., 144
Mastroberti F., 18, 213
Mattarella P. S., 152
Matteotti Giancarlo, 158
Mattone A., 17, 109, 127, 148
Mazepa S., 176
Mazzacane A., 108, 197, 208
Mazzei F., 7, 8
Mazzotti C., 137, 139, 160
Meccarelli M., 210, 223, 226
Mele F., 224
Melis G., 226
Mellini M., 162
Meloni G., 156
Mereu I. 169, 170, 224, 226
Messori V., 174
Metternich (von) K., 8
Mila M., 159-161, 166
Miletti M. N., 17, 109, 113, 114, 127, 204, 206, 209
Mohiam G. H., 2-1
Montanelli I., 140, 139, 155
Montesquieu (Charles de Secondat), 31, 32
Montilla Adán J., 77
Montorzi M., 1, 3-23
Moravia A., 161
Moro A., 127, 128, 129, 135, 148, 149, 154, 161, 167, 170, 171, 172,
Mortara L., 113, 114
Muratori A., 113
Musumeci E., 111
Napoleone Bonaparte, 158
Narváez R. M., 60, 58
Nasi N., 115
Nastasi N., 107
Neppi Modona G., 145, 150, 153, 157, 158, 159, 166, 239
Nicolás Marín M. E., 92
Nicolini N., 17, 18, 212
Nixon R. M., 125
Nobile, 133
Notarnicola S., 135
Nuclei Armati Rivoluzionari, 152
Nuñez Barbero R., 61, 63
Nunziante F., 213
Nuvolone P., 120, 127, 130, 132, 133, 134, 142, 145, 149, 150, 158, 166, 165, 170, 238
Oberdan G., 111
Oliver Olmo P., 26, 29, 30, 46, 74, 76, 77, 78, 91, 93, 96, 97
Oneca Antón J., 32, 61, 62
Orella Unzué J. L., 28
Orlandi. 129
Ortego Gil P., 46, 60
Ortiz de Zúñiga M., 29, 51
Ortolan J.-L.-E., 62
Ossorio y Gallardo Á., 93, 92, 96
Pace Gravina G., 107, 109
Pacheco J. F., 47, 48, 51, 53, 56, 73
Pacifici Mazzoni E., 110
Padovani T., 21, 150
Pagliano S., 114

Palermo G., 189
Palombarini G., 11
Pandolfi A., 222
Panero García M. P. 198
Panico G., 210, 216, 217
Paolino F., 107
Paolo VI (Montini G. B.), 140, 171
Papini, 134
Paravicini Bagliani C., 206
Parlato L., 116
Parlavecchio di Paternò F., 107
Pasolini P. P., 126, 128, 141
Pasquino G., 137
Pastore A., 206
Patti G., 116
Pavarini M., 222
Pavese C., 159
Pazzaglia A., 145
Peci P., 151, 168
Peci R., 168
Pellet M., 201
Pelloux L., 238
Pene Vidari G. S., 4, 224
Penna R., 201
Pennacchini E., 163, 164
Penso G., 116, 114
Peosio C., 226
Pérez de Molina M., 61
Peset M., 28
Pessina E., 112, 113, 114, 180, 230
Petrini D., 222, 223, 225, 228, 233
Piacentini M., 107
Pico della Mirandola, 118
Pietro Leopoldo d'Asburgo Lorena, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 18
Pifferi M., 174, 202, 204
Pignata M., 189
Pincherle G., 114
Pino Abad M., 60, 204
Pisanelli G., 20
Pisani M., 107, 134, 135
Pischedda B., 170
Platone, 134
Pomarici F., 138
Poniatowski M., 137
Ponz de Leon S., 107-108
Porcù S., 135
Procacci G., 222
Prosperi A., 169, 202, 203, 217
Protasi M. R., 109
Puccioni G., 19
Puglisi G. B., 110, 116
Puleo G., 173
Pulido Á., 25
Pulido Fernández Á, 76
Pulitanò D., 168, 167
Puyol Montero J. M., 26, 29, 30, 32, 33, 34, 45, 47, 48, 49, 50, 63, 75
Quarta O., 113
Queipo de Llano y Ruiz de Saravia, Conde de Toreno J. M., 32, 37
Quinzio S., 136
Ragusa V., 107
Rak M., 202
Ramat M., 137, 163,
Rame F. ,152
Ramos Vázquez I., 35

Ranucci P., 9
Rauti P., 157
Ravaillac F., 147
Reale O., 143, 146, 162
Rebora M., 234
Riberi M., 142
Rizzo-D'agata (parte processuale), 116
Robespierre M., 146
Rocco A., 11, 13, 175, 129, 144
Rodotà S., 143, 144, 147, 148, 150, 154, 162
Rodríguez Becerra S., 198
Rodríguez Devesa J. M., 75
Rodríguez Ennes L., 28
Rodríguez Ramos L., 32, 49, 58, 63, 80, 93
Rognoni V., 152
Romagnosi G. D., 15, 20, 26, 46, 109
Romano G., 217
Romeno R., 160
Romeo R., 131
Ronco M., 18
Roselli R., 109
Rosoni I., 208
Rossa G., 158
Rossani O., 139
Rossi D., 143
Rossi G., 206
Rossi P., 47-48, 62, 146, 147
Rousseau J. J., 32, 109
Rovito P. L., 206
Rubbiani G. G., 114
Ruggeri P., 108
Ruggiero C., 137
Ruiz de Gordejuela López L., 32, 49, 63, 80, 93, 58
Russo A., 176
Russo G., 123
Russo G., 2, 4, 123, 131
Saija M., 111
Sainz De Andino P., 46, 45
Salerno F., 144
Salmerón N., 74
Salvagnoli V., 17, 18, 19, 20
San Martín Losada L., 80
Sánchez González D. M., 28, 45, 47, 54, 59
Sandalo R., 166
Sandrucci R., 168
Santillo E., 135
Santosuosso A., 169
Sarmiento P. M., 28
Saskia P. R.-L., 177
Satta G., 114
Savelli M., 5
Saviane G., 171
Sbriccoli M., 3, 4, 16, 22, 23, 132, 176, 203, 204, 205, 206, 221, 223, 225, 226, 229, 238
Scalfari E., 151
Scandellari S., 33
Schirò P., 173, 181, 192
Schwerhoff G., 202
Scialoya A., 209
Sciascia L., 126, 128, 161, 169, 172
Sciumè A., 224

Scoppa M. C. (marchesa di Cassibile), 117, 118, 119
Scotti P.V., 161
Seganti A., 114
Seijas Lozano M., 47
Seoane Deputato 1853, 61
Seratti L., 10
Serrano Maillo A., 26
Serrano Tárrega M. D., 75, 78
Settimelli W., 135
Sgroi P., 110, 116
Sigismondo G., 213
Silva Forné D., 30, 31
Silvela Blanco F. A., 46
Silvela L., 47, 76
Sinisi L., 203
Smerdjakov L., 2-1
Sonnenfels (von) J., 11, 21
Sonnino S., 230
Sorice M., 176
Sossi M., 158
Sotgiu G., 148
Spagnolio O., 107
Spataro A., 152
Spencer, 109
Spirito U., 22, 23, 180
Stajano C., 151
Stehler G., 161
Stella F., 148, 166
Stoppato A., 113, 114
Storti C., 147, 223
Stronati M., 222
Tacito Publio Cornelio, 163
Taliercio G., 168
Tarantini L., 230
Tarde G., 195
Tarello G., 3
Taviani E., 131
Tavilla C. E., 177, 189, 224, 225
Tedeschi M., 140
Téllez Aguilera Á., 48
Terracini, 133
Thompson Ed., 198
Tissot, 62
Tobagi W., 152, 161
Todeschini G., 205
Togni R., 198
Tolomei G. P., 230
Tomás y Valiente F., 25, 26, 30
Tommaso D'Aquino, 12
Toribio Núñez, 32
Torijano Pérez E., 32
Torre S., 2, 197, 213
Torres Aguilar M., 204
Torres Aguilar M., 31, 33, 60
Torres Campos M., 76
Tosatti G., 225, 226
Toscano A., 221
Toscano G., 116
Toschi P., 201
Tosi G., 10
Tripodi A., 145
Tripputi A. M., 198
Trombadori D., 169
Tropea S., 161
Ulloa P., 212

Vacca G., 113, 114, 131
Vaccaro M. A., 180
Valentini G., 145
Valiani L., 157
Valladares A., 27
Valladares Saavedra R., 61
Vallerani M., 203
Vallone G., 204
Valsecchi C. M., 223
Vázquez Ramos I., 26
Vela D. M., 48
Veltroni W., 141
Ventura A., 151
Venturi F., 9, 204
Verdinois F., 178
Verdurin S., 1-2
Verne J., 149
Vianale M. P., 144
Vicente y Caravantes J., 48
Vico G. B., 15
Vigna P. L., 152
Villa T., 113
Villetti R., 164
Vinci S., 111, 179
Vinciguerra S., 127, 147, 148, 224
Violante L., 129, 159, 221, 222, 239
Violante T. M., 200
Visalli Brancati S., 109
Vizmanos T. M., 49, 47, 56, 52, 51
Zaccagnini B., 171
Zagrebelski V., 154
Zambonini F., 148
Zanardelli G., 12, 19, 107, 109, 111, 112, 113, 115, 120, 237, 238
Zanardelli Ma., 112
Zangheri R., 158
Zapata (Cardinale, 1621), 215
Zemon Davis N., 198
Zorzi A., 202

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 otto-novecenteschi*, 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]
11. Elisabetta Fiocchi Malaspina, *«Dans cette diversité, des principes d'unité»: intrecci transnazionali nei sistemi di pubblicità immobiliare tra Otto e Novecento*, 2023, pp. 376 [ISBN 979-12-81621-01-5]
12. Pierpaolo Bonacini, *Un ducato in difesa. Giustizia militare, corpi armati e governo della guerra negli Stati estensi di età moderna*, 2023, pp. 400 [ISBN 979-12-81621-03-9]
13. Luigi Trisolino, *La giustizia nella politica: il Senato regio Alta Corte di Giustizia*, 2024, pp. 458 [ISBN 979-12-81621-04-6]

14. Dario Di Cecca, *Introduzione al socialismo giuridico francese*, 2024, pp. 152 [ISBN 979-12-81621-05-3]
15. Natale Vescio, *Quando al giovane Montesquieu piaceva la rivoluzione (inglese). Istituzioni, diritto e politiche pubbliche nelle* Lettres Persanes, 2024, pp. 116 [ISBN 979-12-81621-08-4]
16. Gianmarco Palmieri, *Le prigioni del papa.Cultura, legislazione e pratiche penitenziarie nello Stato pontificio (1831-1870)*, 2025, pp. 440 [ISBN 979-12-81621-09-1]
17. Giuseppe Speciale, *Il triangolo Parigi Tunisi Roma (tra emigrazione e colonizzazione)*, 2025, pp. 184 [ISBN 979-12-81621-09-1]
18. Gianmarco Palmieri, *La codificazione penale militare nello Stato pontificio. Dagli Articoli Militari (1793) al «Progetto Kanzler» (1866)*, 2025, pp. 214 [ISBN 979-12-81621-12-1]
19. Natale Vescio, *Istituzioni, diritto e primato del 'pubblico'. Gian Vincenzo Gravina e le 'origini' napoletane delle* Origines iuris civilis, 2025, pp. 178 [ISBN 979-12-81621-13-8]
20. Lucio D'Orazio, *Ettore Casati: un «coscienzioso magistrato» sotto il fascismo. Il parere inedito sull'ordinamento giudiziario del 1941*, 2025, pp. 202 [ISBN 979-12-81621-14-5]
21. Luigi Gennaro, *Governare la città nella Sicilia normanna. Il diploma del vescovo Giovanni di Catania del 1168 tra diritto e cultura materiale*, 2025, pp. 164 [ISBN 979-12-81621-17-6]

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]
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. 112 [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].
8. *I Codici di Maria Luigia tra tradizione e innovazione*, a cura di Andrea Errera, 2023, pp. 500 [ISBN 978-88-946376-8-7]
9. *Soggettività contestate e diritto internazionale in età moderna*, a cura di Giuseppina De Giudici, Dante Fedele, Elisabetta Fiocchi Malaspina, 2023, pp. 212 [ISBN 978-88-946376-9-4]
10. *Diritto,minoranze e storie,* a cura di Rosalba Sorice, 2023, pp. 376 [ISBN 979-12-81621-00-8]
11. *Tra diritto e religione. Dialoghi e influenze nella storia giuridica,* a cura di Marta Cerrito e Francesco Di Chiara, 2023, pp. 282 [ISBN 979-12-81621-02-2]
12. *Divenire persona. Saperi e transizioni,* a cura di Andrea Giuseppe Cerra, Stefania Mazzone, Daniela Novarese, Giuseppe Speciale, 2024, pp. 230 [ISBN 979-12-81621-06-0]
13. *Avant l'État. Droit international et pluralisme politico-juridique en Europe, XIII^e^-XVII^e^ siècle,* dir. Dante Fedele, Randall Lesaffer et Pierre Savy, 2024, pp. 536 [ISBN 979-12-81621-07-7]
14. *Lotte e rivendicazioni. Luttes et revendications,* a cura di Luisa Brunori, Cristina Ciancio ed Elio Tavilla, 2025, pp. 394 [ISBN 979-12-81621-10-7]
15. *Na(rra)zioni,* a cura di Andrea Giuseppe Cerra, Stefania Mazzone, Daniela Novarese, Giuseppe Speciale, 2025, pp. 386 [ISBN 979-12-81621-15-2]
16. *Architettura Carceraria tra Settecento e Secondo Ottocento. Progetti, modelli e sperimentazioni in Sardegna*, a cura di Giuseppina De Giudici e Marcello Schirru, pp. 154 [ISBN 979-12-81621-16-9]
17. *Gli istituti penitenziari tra Otto e Novecento. Dottrina, legislazione e applicazione,* a cura di Cristina Ciancio, Giuseppe Conti, Giuseppina De Giudici, Marco Pignotti, Marcello Schirru, pp. 546 [ISBN 979-12-81621-18-3]
18. *«Punire, eternamente punire», Ricerche sul diritto e la giustizia penale*, a cura di Marco Paolo Geri, pp. 252 [ISBN 979-12-81621-19-0]

“Historia et ius”
Associazione Culturale - Roma
ISBN 979-12-81621-19-0