

# BREVI RIFLESSIONI INTORNO AL FONDAMENTO E ALLO SCOPO DEL DIRITTO DELLO STATO DI PUNIRE CON LA MORTE(\*)

di Pasquale Troncone

(\*) Il presente testo è il contenuto della Relazione presentata al Seminario tenutosi il 27 marzo 2009 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Federico II di Napoli dal titolo "La morte come pena. La riflessione continua".

Affrontare il tema della pena di morte se per il penalista rappresenta l'occasione per riesaminare il profilo di ordine culturale dei diversi modelli punitivi(1), attraverso un percorso misto di giusta sofferenza e umana pietà, d'altro lato impone ancora una volta la ricerca di una convincente spiegazione per cui si debba ricorrere ad una soluzione così radicale come conseguenza della condotta illecita di un uomo(2).

Questo è il motivo per cui l'argomento resta inevitabilmente in bilico tra ragioni di tipo etico-morale e motivazioni che, all'opposto, si presentano come proprie del settore del diritto. Né mancano aspetti per cui il dibattito sul fondamento punitivo viene reso problematico da circostanze molto più concrete, o se si vuole preoccupanti, quali quelle che inseriscono nel quadro delle opportune ragioni la necessità di scongiurare l'errore giudiziario. Si scoprirà che proprio l'errore giudiziario finisce per costituire l'unico vero ostacolo alla generalizzata adozione della pena capitale(3).

Il tema del diritto dello Stato di punire con la pena estrema viene in buona sostanza filtrato dalle scelte che un ordinamento giuridico compie in nome del sistema dei valori e dei diritti che impone a se stesso in un dato momento della sua vigenza. Del resto i caratteri dell'intangibilità e dell'invulnerabilità della vita umana non potrebbero in alcun modo consentirne la libera disponibilità, a prescindere dalle condizioni e dalle situazioni che coinvolgono il suo titolare. In verità è che nelle pieghe di una situazione di incoerenza concettuale si annida la giustificazione della pena di morte, paradossalmente proprio in uno Stato fondato sulla legge e sul diritto.

Nel pensiero comune accade frequentemente di trattare il tema della morte come una delle possibili forme che può assumere la sanzione criminale lasciandosi spesso trascinare da sollecitazioni culturali che attengono a giustificazioni che ritrovano le proprie ragioni al di fuori del campo del diritto. La trasversalità culturale dell'argomento finisce per determinarne anche la trasversalità concettuale, per cui la contaminazione dei generi disciplinari fa

perdere di vista il momento della qualificazione giuridica della morte come pena criminale.

La verità è che nel campo del diritto penale non esiste un'elaborazione teorica che abbia convincentemente chiarito quali sono i motivi per cui la pena della morte può trovare giustificazione in un sistema giuridico coerente. A ben vedere nel fondo delle cose le motivazioni sono tutte caratterizzate da esigenze dettate in realtà da situazioni di tipo contingente o il prodotto di legittime ma immotivate reazioni emotive. Non apparirà azzardato affermare che in realtà le ragioni del diritto che giustificano l'istituto della sanzione penale non sono comuni o comunque non sono sufficienti a giustificare anche il fondamento punitivo della pena capitale.

Il problema infatti è, a mio modo di vedere, tenere nettamente distinto il "fondamento" punitivo della sanzione, che caratterizza tutte le sanzioni del settore penale, dal suo "scopo" che orienta la pena di morte verso una precisa opzione di politica criminale(4). Anche se appare molto probabile che in una prospettiva moderna le ragioni che giustificano la previsione della morte come pena si pongono esattamente in posizione intermedia tra il fondamento punitivo e lo scopo, come necessità esterna al sistema penale di ricorrere al massimo grado possibile di una punizione.

Il vero aspetto controverso della questione è costituito dal fatto che si recuperano istanze tradizionali che si ritenevano esaurite nella loro potenzialità argomentativa, considerato l'attuale assetto culturale ed ideologico dei sistemi sociali evoluti come molti degli ordinamenti giuridici contemporanei. Ed invece il ritorno al passato è stato reso possibile dai modelli culturali neo-conservatori che hanno aperto la strada alle diffuse iniziative securitarie degli ultimi anni, secondo le quali la salvaguardia della tenuta del sistema statale, ossia la tutela dei diritti della collettività, può essere garantita soltanto riconoscendovi prevalenza sui diritti fondamentali del singolo.

Un dato significativo va registrato in rapporto ai percorsi legislativi che storicamente hanno visto variamente prevedere la pena capitale e poi inopinatamente arretrare facendola sparire dal catalogo sanzionatorio(5). Soprattutto in Italia, considerando i codici penali preunitari e poi i due codici penali dell'Italia unita, anche tenendo conto delle leggi speciali che venivano temporaneamente via via introdotte, è dato constatare l'esistenza di sentimenti e di considerazioni di valore alterno verso la scelta della pena massima.

Questa variabile normativa finisce in realtà per corrispondere alla variabile culturale che si impone in un preciso momento storico, in sostanza quando l'umanitarismo prende il sopravvento su istinti di natura conservativa e statalizzante.

Anche gli ambiti culturali che coltivano l'idea del perdono come momento centrale della propria riflessione teorica, cedono talvolta inevitabilmente il passo alla considerazione di una necessità immotivata della pena di morte.

Il paradosso è dover verificare l'intima contraddizione di talune scelte in un quadro di valori di orientamento complessivo, come nel caso in cui le proposizioni "nessuno tocchi Caino"(6) o "perdona settanta volte sette" convivono inspiegabilmente con il canone del catechismo della Chiesa cattolica (2267) che prevede ancora, seppure come ipotesi meramente eccezionale, la pena della morte(7).

Probabilmente le ragioni sono altre per capire i motivi della necessità della pena capitale e sono fondamentalmente due a mio parere. E ancora una volta è necessario tornare a CESARE BECCARIA, il quale aveva intuito per primo che la pena della morte non è un istituto giuridico ma una scelta che attinge le sue ragioni nell'arbitrio della politica, talvolta in aperta incoerenza con il sistema del diritto che normalmente è designato a dettare le regole: "La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita"(8).

Nei Paesi in cui la morte è considerata uno strumento ordinario del sistema punitivo non è sempre facile intravedere quali siano le autentiche motivazioni giustificanti del ricorso alla pena capitale. Si sono stratificate nel tempo molteplici ragioni, ciascuna probabilmente utile a finalizzare la scelta di fondo, tutte certamente indispensabili per giustificarne volta per volta il concreto ricorso(9). Nel campionario spicca talvolta la sovraestimazione di ragioni religiose che impongono la "legge del taglione" secondo uno schema rozzamente retributivo della pena che finisce per prevaricare il criterio di proporzione(10). Altre volte, com'è dato registrare negli ultimi tempi, la scelta è funzionale a finalità di tipo economico-finanziario, come accade nella Cina contemporanea dove il mantenimento del condannato in carcere assume una precisa penalizzazione di valore economico per lo Stato e dove lo scopo di garantirsi organi per trapianti costituisce una nuova terribile frontiera dello sfruttamento dell'uomo(11).

La questione della pena di morte propone insanabili controversie culturali negli Stati Uniti d'America che guarda alla pena capitale anche in una prospettiva riparatoria, ma il ricorso a tale giustificazione trova in verità spazi minimi per accreditarsi rispetto ad un modello di nazione che pone al centro dei propri valori fondanti i diritti dell'uomo(12). È l'eccezione americana, come diffusamente è nota la vicenda, ad imporre di riflettere sul fondamento punitivo della pena capitale in una democrazia moderna e ancorata a valori costituzionali di rispetto della persona umana.

L'approccio pragmatico degli Stati Uniti d'America alla pena capitale ne spiega il ricorso in termini funzionalistico di "scopo", come pura intimidazione che si esprime nel fatto che crimini atroci non devono più essere commessi. Si pre-scinde da dottrine filosofiche e giustificazioni teoriche. Con

la tragedia nazionale della distruzione delle "Torri gemelle" del 2001 il presidente GEORGE BUSH riteneva la pena di morte uno strumento di speciale deterrenza per combattere il crimine del terrorismo in forma organizzata(13). Eppure la contraddizione è profonda, perché il "PatriotAct" del 13 novembre 2001, messo in campo come scelta estrema dell'apparato normativo, è il paradigma più significativo della violazione dei diritti dell'uomo attraverso il ricorso sistematico alla pena capitale e a forme di tortura.

D'altro lato, nella strategia del modello punitivo statunitense occorre considerare un fattore centrale che impone il ricorso alla pena di morte ed è rappresentato dal ruolo delle vittime, per cui il tutto si inquadra in una logica compensativa o retributiva offerta come garanzia dallo Stato(14). E che il tema non sia la "durezza della sofferenza" è ormai un dato acquisito, poiché da BECCARIA in poi si è giustamente convinti che il carcere perpetuo offre migliori garanzie sul versante dell'afflittività(15). Non può essere a questo punto sottaciuto che in realtà la pena di morte è una delle forme tipiche o se si vuole un residuo della pena corporale, la più cruenta e la più dissuasiva per la forza evocativa delle modalità dell'esecuzione(16).

Alla base della scelta di fondo certamente si deve porre in primo piano l'organizzazione gerarchica dei valori che caratterizzano l'ordinamento giuridico di uno Stato in un preciso momento della sua storia. Quando al centro del sistema viene posta l'istituzione statale la pena di morte si afferma come lo strumento più efficace per dimostrare l'esercizio della forza. Il valore della persona umana in questo modo vive soltanto in funzione della stabilità del sistema complessivo dei valori posti a presidio di garanzia dello Stato(17). In secondo luogo trova le sue ragioni giustificatrici nelle radici culturali di un popolo. Se nell'esperienza di una nazione è comune e abituale il ricorso alla guerra o è radicato il sentimento di ostilità oppure di difesa dall'ostilità di altri Paesi, ne consegue naturale ritenere che la morte entra a far parte dell'esperienza culturale di quella nazione(18). In quel caso il sistema dei valori risponde a scelte molto più pragmatiche e concrete, in modo che l'interesse alla vita non può essere un elemento condizionante o il prevalere di una necessità, allontanando propositi di tipo umanitario, ma finisce per rispondere a esigenze di carattere ordinamentale(19). Si stabilizza un modello generalizzato di ostilità, nel quale il "nemico esterno" trova il suo perfetto omologo nel "nemico interno" allo Stato da inabilitare con la misura della pena massima possibile.

Sta di fatto che quando ancora una volta si elude il tema del fondamento giuridico della sanzione capitale il dibattito si sposta sul terreno eterogeneo dei diritti fondamentali dell'uomo, in cui il prevalente diritto alla vita dell'uomo si impone sul potere dell'ordinamento statale di dare la morte.

Lo scopo di deterrenza è il leit-motiv che serpeggia infatti nella cultura politica degli Stati Uniti d'America.

Come acutamente osservava FEDERICO STELLA: “Orbene, sfido chiunque a dimostrarmi che la condanna di un singolo per raggiungere effetti di deterrenza generale o, se si preferisce, di prevenzione generale in tutte le sue forme, non costituisce una inaudita violazione della massima kantiana. È davvero sorprendente che la stragrande maggioranza dei penalisti, nei cui cervelli continua a crescere il fiore di ghiaccio della prevenzione generale, legata alla condanna del singolo non sia neppure sfiorata dall’idea che in questo modo le democrazie fanno crollare uno dei loro pilastri e pongono le premesse per la diffusione di un modo di pensare che è stato, è e potrà essere fonte di gravissimi lutti, di mali estremi, di ingiustizie così atroci da mettere in discussione la stessa essenza della democrazia” (20).

Questa è la ragione che rende ampiamente giustificata la c.d. “eccezione americana” che non si risolve in una situazione di eccezione alla democrazia costituzionale, ma incarna una precisa scelta culturale e ideologica perché una nazione possa essere riconosciuta come l’unica in grado di assicurare garanzia di convivenza pacifica e allo stesso tempo garantirsi la difesa dell’integrità istituzionale (21).

Tra le diverse ragioni giustificatrici ritorna il tema del “crimen laesae maiestatis” nella duplice veste della tutela della “sicurezza dello Stato” e del tradimento dei valori sovranici espressi dall’autorità che governa (22).

A confermare la tesi che l’opzione del ricorso alla pena capitale attinge a ragioni di carattere politico, come scopo precipuo che nulla ha da condividere con opportune scelte di politica criminale e di diritto, lo attesta anche la reintroduzione che vi fu della pena della morte con la legislazione fascista del 1926 a difesa dell’organizzazione dello Stato e dei suoi rappresentanti istituzionali (23).

La pena della morte è uno dei requisiti che occorre concretizzare per il pieno riconoscimento della legittimità di uno Stato e della legittimazione a governare, contro pericolose ostilità riconosciute come potenzialmente dotate di una energia eversiva dell’ordine statale (24).

Ancora una volta il nucleo centrale dell’intuizione di CESARE BECCARIA, passando attraverso il vaglio critico di orientamenti culturali moderni, riceve una piena conferma oltre che l’opportuno adattamento cronologico. Una moderna riflessione si sviluppa passando attraverso il pensiero di EMILE DURKHEIM (25), di RALF DAHRENDORF (26) e poi di DAVID GARLAND (27). Questa nuova idea è in realtà l’adattamento tematico di un pensiero tradizionale che riscopre le sue autentiche radici al di fuori del terreno del diritto, in un territorio dove il giurista per ritrovare le sue coordinate concettuali acquista consapevolezza che la pena di morte può essere giustificata soltanto dallo scopo, dalle scelte politiche di sistema, e nessuna rilevanza assumono le scelte di politica criminale ossia le scelte normative strategiche per il controllo della criminalità.

## NOTE

(1) BETTIOL G., *Sulla pena di morte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, pag. 751: “Ogni penalista nel corso della sua carriera scientifica finisce per occuparsi prima o dopo del problema (fondamentale per la nostra disciplina) della pena di morte ancora ammessa in molti, forse troppi, Paesi malgrado le opposizioni che essa trova non solo sul piano scientifico e politico ma anche presso larghi strati della opinione pubblica”.

(2) MEREU I., *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale, nuova edizione*, Donzelli Editore, Roma, 2007. MARINUCCI G., *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pag. 3.

(3) Tematica sostenuta con forza da CESARE BECCARIA e recuperata con maggior vigore da ROBESPIERRE M., *Discours sur la peine de mort (31 mai 1791)*, in *Oeuvres de Maximilien Robespierre*, VII, PUF, Paris, 1952, pag. 436 e ss. Appare a tale proposito utile la lettura del resoconto dei lavori della Commissione insediata dal Governatore dell’Illinois per stabilire l’utilità della pena capitale, in SCOTT TUROW, *Punizione suprema. Una riflessione sulla pena di morte*, Mondadori, Milano, 2003.

(4) La differenza tra “scopo” e “funzione” della sanzione penale è magistralmente messa in luce, nell’ambito di un ragionamento molto più ampio circa il criterio di orientamento culturale della pena “nessuna pena senza scopo”, da FIANDACA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, pag. 15 e ss.

(5) Il lungo percorso abolizionista imposto dalla nostra Carta fondamentale del 1948 è compiutamente illustrato da GOISIS L., *La revisione dell’art. 27, comma 4 della Costituzione: l’ultima tappa di un lungo cammino*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, pag. 1655.

(6) TODESCHINI G., *Visibilmente crudeli. Malviventi, persone sospette e gente qualunque dal Medioevo all’età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2007, pag. 26 e ss.

(7) AA.VV., *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, a cura di ANTONIO ACERBI e LUCIANO EUSEBI, *Vita e pensiero*, Milano, 1998. HERNANDEZ E.J., *Non uccidere. “Il discorso della montagna”*, Chirico, Napoli, 2008.

(8) BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene (1766)*, ora Einaudi, Torino, 1994, pag. 62. WEISSER M.R., *Criminalità e repressione nell’Europa moderna*, Il Mulino, Bologna, 1989, pag. 113.

(9) BOBBIO N., *Letà dei diritti. Contro la pena di morte*, Einaudi, Torino, 1997, pag. 191.

(10) MILLER W.I., *Occhio per occhio*, Utet, Torino, 2008. BLOCH E., *Diritto naturale e dignità umana*, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 229.

(11) Laogai Research Foundation, *Cina, traffici di morte. Il commercio degli organi dei condannati a morte*, a cura di CATTANIA MARIA VITTORIA, BRANDI TONI, Editori Guerini e Associati Torino, 2008.

(12) Il motto che ne esprime una decisa conferma è “non voglio vendetta, ma giustizia”, in STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, pag. 179. Le radici del diritto antico ci suggeriscono che la vendetta veniva qualificata come “poine”, esattamente come oggi si declina il termine “pena”, e si presentava concettualmente come la contropartita che imponeva una compensazione, cfr. OST F., *Mosè, Eschilo, Sofocle. All’origine dell’immaginario giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2007, pag. 130.

(13) In perfetta sintonia con PLATONE, *Protagora*, si veda CANTARELLA E., *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, BUR, Milano, 2007, pag. 30.

(14) CANTARELLA E., *Uccidere per punire come e perché, ieri e oggi*, introduzione a HUGO V., “*Contro la pena di morte*”, Mondadori, Milano, 2009. PREJEAN H., *La morte degli innocenti*, Ed. San Paolo, Torino, 2008.

(15) SANTAMARIA D., *Pena di morte ed ergastolo*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di MARIO LA MONICA, Ipsoa, Milano, 1996, pag. 415. Sulle diverse forme e le diverse modalità di sofferenza da infliggere ritorna magistrale il lavoro di FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1993. SCOTT G.R., *Storia delle punizioni corporali*, Mondadori, Milano, 2006.

(16) FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, pag. 382 e ss.

(17) FERRI E., *Pena di morte e difesa dello Stato*, in *La Scuola positiva*, 1926, VI, pag. 396.

(18) Il concetto di guerra “della nazione con un cittadino” era già noto e lucidamente espresso da Cesare Beccaria. SÈMELIN J., *Purificare e distruggere. Usi politici dei massacri e dei genocidi*, Einaudi, Torino, 2007.

(19) VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, pag. 19.

(20) STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, cit., pag. 186.

(21) LIPSET S.M., *American Exceptionalism: a Double Edged Sword*, Norton & Co., N.Y., 1996. SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008, pag. 210 e ss. Negli Stati Uniti il dibattito sulla pena di morte si accompagna a quello della capacità di intendere e volere dei condannati a morte. Sul tema può certamente essere utile la sollecitazione culturale dei rapporti tra psichiatria e diritto penale svolta da FOUCAULT M., *Io, Pierre Rivière, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello... Un caso di parricidio nel XIX secolo*, Einaudi, Torino, 1976.

(22) La complessa tematica è come sempre brillantemente affrontata dal SBRICCOLI M., *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano, 1974, segnatamente da pag. 158 e da pag. 175 e ss.

(23) Legge 25 novembre 1926, n. 2008, “Provvedimenti per la difesa dello Stato”. TESSITORE G., *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Franco Angeli, Milano, 2000. CORDERO F., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pag. 550 e ss.

(24) POPITZ H., *Fenomenologia del potere. Autorità, dominio, violenza, tecnica*, Il Mulino, Bologna, 2001, pag. 42 e ss.

(25) DURKHEIM E., *L'educazione morale*, in *Il suicidio. L'educazione morale (1923)*, Torino, 1969.

(26) DAHRENDORF R., *Legge e ordine (1985)*, Milano, 1998, pag. 36: “L'impunità, o l'indebolimento sistematico delle sanzioni, collega il crimine con l'esercizio dell'autorità”.

(27) GARLAND D., *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale (1990)*, Il Saggiatore, Milano, 1999.