



UNIVERSITÀ DI PISA
Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

La pena di morte: una pena giuridica?

Candidato:
Stefano Fogli

Relatore:
Prof. Tommaso Greco

Anno Accademico 2013/2014

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
1. LA PENA DI MORTE NELLA STORIA E NELLA CULTURA DEL PASSATO	10
2. IL FONDAMENTO FILOSOFICO DELLA PENA DI MORTE NEL PENSIERO DI HOBBS, LOCKE E KANT	37
2.1 Premessa	37
2.2 IL FONDAMENTO FILOSOFICO DELLA PENA DI MORTE NEL PENSIERO DI THOMAS HOBBS	40
2.3 IL FONDAMENTO FILOSOFICO DELLA PENA DI MORTE NEL PENSIERO DI JOHN LOCKE	55
2.4 IL FONDAMENTO FILOSOFICO DELLA PENA DI MORTE NEL PENSIERO DI IMMANUEL KANT.....	72
3. LE ORIGINI DEL DIBATTITO: CESARE BECCARIA ..	81
4. LE IDEOLOGIE PENALI TRA GIUSTIFICAZIONISMO E ABOLIZIONISMO PENALE.....	93
4.1 LE DOTTRINE ABOLIZIONISTE.....	98
4.2 LE DOTTRINE GIUSTIFICAZIONISTICHE: FONDAMENTO E FUNZIONE DELLA PENA.....	102
4.2.1 TEORIA DELLA RETRIBUZIONE	105
4.2.2 TEORIA DELLA PREVENZIONE SOCIALE	121
4.2.2.1 TEORIA DELLA PREVENZIONE GENERALE O DELL'INTIMIDAZIONE ATTUATA PER MEZZO DELL'ESECUZIONE DELLA PENA	122
4.2.2.2 TEORIA DELLA PREVENZIONE SPECIALE.....	124

4.2.2.3	TEORIA DELLA PREVENZIONE GENERALE O DELL'INTIMIDAZIONE ATTUATA MEDIANTE LA MINACCIA CONTENUTA NELLA LEGGE PENALE	130
4.2.3	TEORIA EDUCATIVA-CORRETTIVA O TEORIA DELL'EMENDA 132	
4.2.4	CONCLUSIONI A LE TEORIE GENERALI DELLA PENA	138
5.	TERZIUM NON DATUR.....	145
6.	UNA QUESTIONE DI PRINCIPIO: IL DIRITTO ALLA VITA	149
6.1	PENA DI MORTE E DIRITTI UMANI.....	157
7.	UNA QUESTIONE DI OPPORTUNITÀ: IL FASCINO OSCURO E TRAGICO DELLA DETERRENZA	170
7.1	L'ILLUSIONE DELLA DETERRENZA: UN PARTICOLARE SGUARDO AGLI STATI UNITI	171
7.1.1	LA RICONCETTUALIZZAZIONE DELLA PENA NEGLI STATI UNITI: UN RITORNO ALLA VENDETTA?	181
8.	PROBLEMI DI COMPATIBILITÀ DELLA PENA DI MORTE CON IL CATALOGO PUNITIVO DI UN SISTEMA PENALE.....	189
9.	CONCLUSIONI.....	199
	BIBLIOGRAFIA.....	202

INTRODUZIONE

La pena di morte è uno di quei temi solitamente considerato un segmento connotativo della sola materia penale, quello che reputa una necessità la previsione della pena capitale nel catalogo sanzionatorio di un ordinamento giuridico, al solo fine di conferire adeguata efficacia e maggiore fermezza alla risposta punitiva. Eppure si è ancora alla ricerca delle giustificazioni morali e giuridiche del perché e dell'entità della risposta punitiva. L'argomento, tuttavia, non sfugge ad una possibile diversa chiave di lettura che non legghi soltanto il versante della giustificazione di un tipo di sanzione all'ambito della legislazione penale, ma lo proietti sul campo più ampio dei rapporti tra poteri dello Stato moderno e diritti fondamentali dei consociati. La pena di morte può, infatti costituire non solo l'occasione per rivisitare le ragioni punitive che inducono un legislatore di un dato momento storico a prevederla come il vertice alto del sistema sanzionatorio, ma anche quelle che portano a considerarla una facoltà di uno Stato cui potere fare ricorso per riaffermare la propria sovranità e la capacità di tutelare la collettività dal crimine.

Nel ripercorrere la storia e la cultura del passato, la morte come pena sembra rivelare una connessione originaria con la vendetta: è il gruppo familiare che, valutando come ingiusta l'uccisione di uno dei suoi membri, colpisce il responsabile con una sanzione che vuol essere equivalente all'azione subita. È la biblica «legge del taglione» che, largamente condivisa da tutte le popolazioni, attribuisce al clan familiare un legittimo e doveroso potere morale di vendicare il sangue del parente ingiustamente ucciso. Agli albori della nostra civiltà e nella cultura greca-romana, infliggere la morte è una giusta riparazione del male. Vendetta, riparazione e morte sembrano legate fra loro da un vincolo antico. Interviene certo, una svolta che costringe questa connessione antica in una dimensione

nuova: le leggi draconiane nell'Atene del VII secolo a.C. da una parte, e la licenza di uccidere della *civitas* romana dall'altra, provvedono a contenere l'autonomia dei gruppi familiari attribuendo alla città, al potere politico, la prerogativa di decidere della colpa e dell'innocenza, di provvedere all'assoluzione o al castigo. Nacque quella forma di omicidio legalizzato che prende il nome di pena di morte. L'innovazione è epocale: è in gioco la nascita della politica, l'affermazione di un potere che ambisce a tenere insieme, a disciplinare, a normare, una molteplicità di individui avocando a se stesso una competenza decisionale fino a quel momento affidata alle relazioni orizzontali fra gruppi. Il potere politico prende ad esistere nel momento in cui dà forma all'interazione dei soggetti, nel momento in cui pone comandi, divieti, sanzioni: assume su di sé l'onere dell'ordine e del contenimento del conflitto e si presenta come l'amministratore della forza ed il dispensatore di premi e dei castighi. Potere politico, ordine, giudizio e sanzione si stringono in un unico complesso ed è in questo vortice che viene attratta la morte come pena. Il radicale mutamento degli assetti sociali ed economici nel periodo medievale ha costretto a rivedere i rapporti tra potere e consociati e con essi l'esigenza di prevedere, in chiave preventiva, sempre nuove forme di comportamento cui uniformarsi e, in chiave difensiva, nuove fattispecie incriminatrici e nuove forme di punizione. Inoltre l'avvento della modernità non coincide affatto con un rapido e facile esaurimento della legittimazione e dell'applicazione della pena di morte, che al contrario si presenta come un fenomeno la cui lunga durata mette in scacco le grandi periodizzazioni, presentandosi come un singolare *trait d'union* fra contesti culturali che restano effettivamente, da molti altri punti di vista, nettamente diversi fra loro. Non sono bastati gli sforzi abolizionisti dell'Illuminismo per mettere al bando l'estremo supplizio: anzi la pena capitale è rimasta immune dai continui ed

incessanti attacchi di coloro che ne condannavano la pratica e la legittimità. Ne sono testimoni le grandi tendenze imperialistiche ed i grandi conflitti mondiali dove le violazioni dei diritti umani non tardarono ad aumentare progressivamente. Solo dopo il termine del secondo conflitto mondiale, numerosi Stati Europei come l'Italia, la Francia, il Belgio, la Gran Bretagna e la Spagna cominciarono a rivedere i propri codici penali, addolcendo le pene e le procedure penali e abolendo la pena di morte. Ciononostante il quadro internazionale non ha presentato significativi mutamenti in ordine alla pena di morte, che, anzi, ha registrato una significativa accentuazione del suo uso politico.

La morte come pena appare, dunque, fin dalle origini uno dei contrassegni del potere: parte integrante ed emblema e coronamento del processo di riconduzione della società ad un ceto dominante.

Nel corso della storia non sono mancati importanti rappresentanti della filosofia patibolare: tra questi spiccano giusnaturalisti come Thomas Hobbes, John Locke ed illuministi come Immanuel Kant. Essi giustificarono, in base a posizioni filosofiche-politiche diverse, la pena capitale: Hobbes e Locke, attribuirono alla previsione della morte come pena un'efficacia preventiva tale da distogliere i consociati dal commettere delitti; Kant, sostenitore della teoria retributiva della pena, affermava che la funzione della pena non è prevenire i delitti, ma è rendere giustizia e cioè far corrispondere con rigore il castigo al delitto e per questo lo Stato ha il dovere morale di applicare la pena di morte, obbedendo ad un vero e proprio «imperativo categorico», una legge del contrappasso dantesca, tale da creare un vincolo indissolubile tra colpa e punizione.

La morte come pena è insomma profondamente e durevolmente connessa con l'intera storia dell'Occidente. Certo, di questa complicata storia è parte anche una tradizione diversa, che tenta di mettere in questione il potere di morte del sovrano sui propri sudditi:

la tradizione abolizionistica. È vero che la modernità non coincide in nessun modo con la condanna della pena di morte; ma è altrettanto vero che all'interno della modernità ha preso forma un orientamento che ha posto in stato di accusa la legittimità e l'applicazione della pena di morte.

Un testo inaugurale di questo orientamento è il grande libro di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, pubblicato nel 1764 e impostosi immediatamente all'attenzione dell'intera Europa. Per Beccaria la pena di morte deve essere bandita per due motivi: in primo luogo perché la sua efficacia deterrente è inferiore a quella del carcere a vita; e in secondo luogo, perché gli uomini sanno in cuor loro che la loro vita non deve essere in potestà di alcuno e non può essere consegnata, per decisione contrattuale, nelle mani del sovrano. È stato dunque grazie a Beccaria, che la pena di morte, per la prima volta, ha cessato di essere una certezza per divenire un problema.

Con Beccaria ha avuto inizio il processo di riforma in senso umanitario del diritto penale i cui effetti sono rintracciabili anche nelle odierne democrazie: la pena capitale non può essere più presentata come una garanzia dell'ordine sociale, come un appannaggio costitutivo della sovranità, ma deve essere sempre di nuovo giustificata, deve guadagnarsi sul campo quella legittimità di cui per lungo tempo aveva goduto automaticamente.

L'indagine inoltre coinvolge i canoni della legittimità di fare ricorso alla punizione per verificare e confrontare le ragioni che giustificano il ricorso alla pena di morte considerandola come il libero esercizio di una legittima facoltà e quelle che invece lo negano. In tal senso, è stato ritenuto opportuno prendere in considerazione le singole teorie della pena giuridicamente e generalmente intese all'interno del sistema penale per verificare la congruità del fondamento della pena di morte con i criteri che legittimano la finalità del sistema sanzionatorio penale nel suo complesso e di valutare a quali

condizioni e nel rispetto di quali limiti, diritti e doveri concorrenti lo Stato può ricorrere all'esercizio di una facoltà che si iscrive nel quadro complessivo dei poteri statali e, nello specifico, si caratterizza con il diritto di punire: sono state analizzate, dunque, singolarmente la teoria della retribuzione, la teoria della prevenzione sociale o della deterrenza distinta in teoria della prevenzione generale o dell'intimidazione attuata per mezzo dell'esecuzione della pena, teoria della prevenzione speciale, teoria della prevenzione generale o dell'intimidazione attuata mediante la minaccia contenuta nella legge penale ed infine, la teoria correttivo-educativa o teoria dell'emenda.

Alla luce del processo di internazionalizzazione della pena di morte, inoltre, lo Stato non occupa oggi una posizione giuridica di preminenza rispetto alla persona. Ed infatti, la persona umana si presenta come portatrice di nuovi diritti e nuovi poteri, del tutto diversi dal passato. La riparazione del torto attraverso l'estinzione dell'arcaico ma sempre attuale «debito di sangue» deve oggi confrontarsi con i diritti fondamentali della persona umana oggetto di Convenzioni normative, statali o sovranazionali, condivise che, in ragione del loro carattere inviolabile e costitutivo, non tollerano abusi o temporanee contaminazioni ideologiche. In tale prospettiva la questione della pena di morte occupa un posto centrale, poiché ogni sentenza capitale viola il diritto naturale, sacro, eterno, il diritto alla vita che ciascun individuo deve in ogni momento vedersi riconosciuto e, conseguentemente, riconoscere agli altri. Il problema è di estrema gravità in quanto la pena di morte è comminata per legge in moltissimi paesi anche quando i loro ordinamenti giuridici prevedono come fine la rieducazione del condannato. Nel quadro di questo processo anche la pena di morte è stata rimessa in discussione ed è apparsa in misura crescente come contraddittoria rispetto allo Stato sociale di diritto e foriera di degenerazioni arbitrarie. In tal senso il livello di democraticità, che coincide con la centralità del

rispetto dei diritti fondamentali della persona umana dovrebbe apparire inversamente proporzionale alle scelte in materia di pena capitale. Ciononostante gli Stati Uniti d'America mantengono nell'assetto ordinario della legislazione la massima delle pene, costituendo un'eccezione al carattere democratico dell'impianto politico statale.

Non ci si può nascondere, infine, che trattare di pena capitale implica molto spesso evocazioni di tipo emotivo, non trascurabili a livello individuale, specie in momenti in cui precarietà di situazioni o efferatezza di delitti sembrano postulare, come unica soluzione accettabile, il richiamo più o meno consapevole alla vecchia legge del taglione. Ma non sono altrettanto possibili le petizioni irrazionali quando il soggetto è lo Stato, che, attraverso i suoi organi dovrebbe agire in modo svincolato dall'emotività, quindi razionalmente, nei confronti di ogni evento che si verifichi nel proprio ambito.

Ciascuno di questi aspetti dal carattere storico, filosofico e sociologico, viene esaminato ed analizzato nelle pagine seguenti con la convinzione – come affermava Albert Camus – che «non vi sarà pace durevole né nel cuore degli individui né nei costumi della società sin quando la morte non verrà posta fuori legge».

1. LA PENA DI MORTE NELLA STORIA E NELLA CULTURA DEL PASSATO

La storia rappresenta un patrimonio insostituibile della conoscenza dell'uomo e strumento indispensabile per valutare e orientare il presente. Alcuni aspetti del dibattito più recente sulla pena riconducono indietro nel tempo, costringendoci ad un viaggio che non può non iniziare nella origine dei tempi, e, se vi è un caso in cui la riflessione sull'antichità può essere utile a gettare qualche luce su alcuni aspetti del mondo in cui viviamo, questo è il caso della pena: in particolare della "pena di morte". Una realtà complessa, un fatto di cultura: come ha osservato lo storico Louis Carnet, se mettere a morte qualcuno per via di giustizia fosse «una soluzione puramente materiale del problema della responsabilità e nulla più che la manifestazione brutale di una passione quasi istintiva, la visita al giardino dei supplizi interesserebbe solamente come semplice curiosità»¹. La scelta dei modi di applicare la pena di morte aiuta a capire le più profonde convinzioni religiose di un popolo, le sue più remote capacità psicologiche, le sue angosce più nascoste, il suo modo di intendere la convivenza civile.

La condanna capitale era già prevista nelle civiltà primitive e comminata abbondantemente come sanzione. Naturalmente, essendo le leggi tramandate esclusivamente per via orale, non sono potute giungere sino a noi le testimonianze di codici penali scritti. Le tracce del loro pensiero antico vanno cercate altrove: nei gesti, nelle parole, nei riti e nelle forme che accompagnavano l'esecuzione. Essendo concepita come una sorta di risarcimento cosmico per ripristinare l'equilibrio infranto dal comportamento immorale o illegale e per restaurare l' "ordine naturale", la pena capitale veniva applicata in

¹ Louis Carnet, *Dell'esecuzione capitale: a proposito di un'opera recente. Antropologia della Grecia antica*, Mondadori, Milano 1983, p. 270.

modo oggettivo e arbitrario da parte dei capi tribù per crimini quali il furto, l'omicidio e anche per delitti di lesa maestà e per i sacrilegi. Contemporaneamente al difficile periodo di transizione dal sistema tribale a quello cittadino, la pena capitale è rimasta in voga e, quindi, la ritroviamo in tutti i codici delle civiltà antiche. La prima fonte scritta relativa all'uso della pena di morte è rappresentata dal Codice di Hammurabi: una raccolta di leggi stilate durante il regno del monarca babilonese Hammurabi, che governò dal 1792 al 1750 a.C. con l'intento di dare all'impero un nuovo ordinamento. Significativi in campo penale gli articoli che introducevano "la legge del taglione" e la pena capitale comminata in forme diverse; infatti, tale codice disponeva che la pena per i vari reati fosse, in molti casi, identica al male cagionato e, in particolare, che la morte fosse inflitta non solo per l'omicidio, ma anche per crimini quali il furto, il sacrilegio e le negligenze commesse nell'esecuzione del proprio lavoro, che provocavano la morte colposa: ad esempio, se un edificio crollava per un difetto di costruzione e nell'incidente restava ucciso il committente dell'abitazione o un suo familiare, allora l'architetto veniva condannato a morte². Non si trattava, comunque, di un codice equo, poiché la gravità della colpa e della pena comminata dipendeva dalla classe sociale cui appartenevano il colpevole e la vittima: lo schiavo aveva minor valore del nobile, per cui, a parità di reato, era soggetto a pene più dure. Nonostante fosse caratterizzato da forti sproporzioni e squilibri il Codice di Hammurabi rappresentava pur sempre una grande conquista, perché, per la prima volta nella storia, eliminava l'arbitrarietà e la soggettività nei giudizi - tipica delle civiltà primitive - grazie all'introduzione di leggi scritte inderogabili.

La pena capitale era prevista anche nell'antico Egitto per coloro che si macchiavano di reati quali l'omicidio, il sacrilegio, il furto, lo spionaggio, le infrazioni fiscali o per i medici che, derogando dalle

² Cfr. Paolo Matthiae, *La Storia*. UTET Cultura Novara 2007, pp. 328-329.

terapie tradizionali, non riuscivano a salvare la vita dei pazienti³. Solitamente le esecuzioni erano effettuate tramite l'annegamento del condannato nel Nilo all'interno di un sacco chiuso, oppure mediante la decapitazione.

L'analisi storica–evolutiva del complesso sistema dei supplizi capitali, porta inevitabilmente il pensiero a due civiltà, quella Greca e quella Romana. Si tratta di popolazioni che hanno indotto molti studiosi del diritto criminale antico a comprendere quali fossero le funzioni della pena di morte, nel momento stesso in cui nacque la città. Originariamente, la pena di morte, tanto in Grecia quanto a Roma, non svolgeva una sola funzione, ma ne svolgeva tre, ciascuna delle quali rivelata dalle modalità di esecuzione previste per i diversi tipi di reato. La prima, e più ovvia, era la funzione di affermare l'autorità del nuovo ordinamento sovraordinato alle famiglie, che si stava affermando come città-Stato. La seconda era quella di soddisfare almeno in parte il desiderio di vendetta delle vittime o, se il crimine era un omicidio, dei familiari di queste, alle quali non a caso veniva lasciato il compito di eseguire materialmente la sentenza capitale: da secoli abituate a farsi giustizia con le loro mani, le vittime e i loro parenti avrebbero difficilmente accettato di non svolgere più alcun ruolo nel processo “vendicativo” (come esse consideravano e, come verrà considerato per secoli, il processo giudiziario). La terza funzione era quella di eliminare una persona che a causa del suo comportamento era considerata un “mostro” portatore di impurità, causa di contagio, figura da sopprimere, essere del quale far sparire ogni traccia⁴. La prima fonte alla quale è possibile rivolgersi alla ricerca di informazioni sulla pena di morte in Grecia sono i poemi omerici: l'*Iliade* e l'*Odissea*. Fonti estremamente complesse, ma che

³ Cfr. D. Molino - M. Novarino – C. Ottino, *Pena di morte*, edizioni gruppo Abele 1989. Pag. 10.

⁴ Cfr. Eva Cantarella, *I supplizi capitali. Origini e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*. Saggi Universale Economia Feltrinelli 2011. pp 11-12.

oggi, usando le opportune cautele metodologiche, possono a buon diritto essere considerate come tali. Affrontare il tema dei supplizi capitali, prescindendo da Omero, vorrebbe dire precludersi la possibilità di comprendere gli sviluppi successivi del diritto criminale ed esimersi dal ripercorrere l'evoluzione delle molteplici funzioni che la pena capitale ha assunto nel corso della storia.

Nella società omerica, la sfera privata e quella pubblica corrispondevano a due mondi diversi, organizzati secondo regole proprie e distinte; e, per quanto possa apparire singolare a prima vista, i supplizi, prima di venir inflitti nelle piazze, erano comminati nelle case⁵. Per quale ragione? Essenzialmente, per il diverso livello di organizzazione del pubblico e del privato. Gli organi pubblici, a cominciare dall'assemblea per giungere al cosiddetto re - *basiléus* - passando dal consiglio degli anziani - i *gheròntes* - avevano caratteri istituzionali ancora imprecisi, non del tutto privi di una specializzazione, ma non ancora fissati da regole definite che, tra l'altro, ne determinassero i rapporti⁶. In particolare, concentrando l'attenzione sul problema della pena di morte, nel mondo omerico non esisteva ancora un organo pubblico istituzionalmente competente a punire chi avesse violato le regole di comportamento, nate nella secolare consuetudine di vita comune. Ma, se non esisteva ancora chi infliggeva la pena di morte "sulla piazza", esisteva, tuttavia, chi la infliggeva in casa: il capofamiglia detto *anax oikòio*, "il sovrano della casa", era titolare di una potestà personale assoluta e illimitata sugli appartenenti al gruppo, tanto da arrogarsi il diritto di mettere a morte chi non rispettava la sua autorità. L'organizzazione e la composizione familiare tipica del mondo omerico era la seguente: una moglie, un figlio, una vecchia nutrice, le ancelle addette al servizio domestico e personale dei padroni, un limitato numero di dipendenti che si

⁵ Cfr. Y. Thomas. *Per una preistoria del castigo*. Roma 1984, pag. 37.

⁶ Cfr. E. Cantarella, *Norma e sanzione in omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*. Milano 1980, pag. 104.

occupavano di custodire e pascolare le greggi. Si tratta dunque di persone non necessariamente legate fra loro da vincoli di parentela, i cui rapporti col capofamiglia erano diversi, più o meno stretti, più o meno subalterni. Ma una cosa accomunava tutti coloro che vivevano nella casa del padrone o vi facevano capo: se commettevano errori, se infrangevano le norme che regolavano la vita dell'*oikòs*, erano sottoposti a castighi severissimi. Ovviamente, le varie modalità punitive variavano a seconda della posizione rivestita dal soggetto, che aveva tradito la fiducia del proprio padrone⁷. Poetica e terribile in tal senso, è la narrazione di Omero, che descrive come Odisseo, al ritorno dalla ventennale, proverbiale assenza, mette a morte le ancelle per essere venute meno ai propri doveri⁸. Narra Omero: «una cavo di nave prua azzurra a una colonna attaccò, lo stese intorno alla grande rotonda alto tendendolo, perché nessuna coi piedi toccasse la terra. Come quando o tordelle dalle larghe ali o colombe s'impigliano nella rete, che è tesa nella macchia, tornando al nido, e invece orrido amplesso le accoglie; così quelle avevano le teste, in fila, al collo di tutte era un laccio, perché nel modo più triste morissero. E coi piedi scalciavano; per poco, però, non a lungo⁹». Impiccagione, dunque. Ma perché Odisseo scelse proprio l'impiccagione per uccidere le ancelle? A ben vedere, la morte riservata alle ancelle è tutt'altro che casuale. Essa è dovuta ad una ragione ben precisa: in Grecia quella per impiccagione è morte tipicamente femminile. E non solo quando è inflitta come punizione, ma anche quando è decisa dalle donne stesse, come scelta di morte. Gli esempi sono infiniti: nell'*Odissea*, Giocasta,

⁷ Cfr. E. Cantarella, *I supplizi capitali. Origine e funzioni della pena di morte in Grecia e a Roma*. Saggi Universale Economia Feltrinelli 2011 pp. 57

⁸ Mentre Odisseo vagava per i mari, trattenuto lontano dalla patria dal volere degli dei (e, qualche volta, dall'intervento tutt'altro che sgradito di affascinanti personaggi femminili), le ancelle, dimenticando i loro doveri, avevano non solo assecondato i pretendenti alla mano di Penelope, che spadroneggiavano nella casa di Odisseo, banchettando e dilapidando i suoi beni, ma si erano unite sessualmente a costoro. Due volte traditrici, queste ancelle: infedeli alla casa e infedeli al padrone. Il castigo che meritavano era la morte.

⁹ "Od". 22, 465-473. traduzione a cura di R. Calzecchi Onesti.

la madre di Edipo, si uccide impiccandosi. Giocasta è sconvolta dalla scoperta del suo connubio incestuoso e si uccide con il *brònchos*, il laccio dell'impiccagione. Nella tragedia omonima *Antigone*, muore impiccandosi e, suicidandosi col "laccio", si sottrae alla condanna di Creonte, che la vorrebbe sepolta viva. Nell'*Ippolito Coronato* di Euripide, Fedra muore impiccandosi. La ricostruzione di questi miti e riti, apre squarci inaspettati e sorprendenti su alcuni aspetti della realtà precittadina e aiuta a chiarire le regole che presiedevano alla morte delle donne. Tuttavia il capofamiglia omerico non si limitava a punire con la morte solo personaggi femminili. La condanna capitale era inferta anche a soggetti maschili, come i guardiani della casa che avevano tradito la fiducia del padrone. Diversa, però, era la modalità di esecuzione: non l'impiccagione, in quanto tecnica squisitamente femminile, ma il supplizio al palo. Sempre Omero, offre un importante contributo: Melanzio, guardiano della casa di Odisseo, durante l'assenza del re di Itaca, aveva sottratto dalla sue stanze dodici scudi, dodici lance e dodici elmi di cuoio e li aveva distribuiti ai pretendenti¹⁰. Come punirlo? Sollevato da terra come le ancelle, Melanzio è sottoposto a un supplizio il cui strumento, di nuovo, è la corda: ma la diversità tra la sua esecuzione e quella delle ancelle non è irrilevante. Mentre le ancelle sono sospese alla corda, Melanzio, con questa, è saldamente legato alle travi e soffre atroci torture per mezzo del "bronzo spietato"¹¹. La sospensione alla trave e le mutilazioni inferte fanno parte di due rituali distinti, il primo dei quali - e non il secondo - è quello fatale: le mutilazioni, in altri termini non vengono

¹⁰ "Od". 22, 142-146.

¹¹ Odisseo ordina a Eumeo e Filezio, il porcaio e il bovaro, di procedere all'esecuzione di Melanzio, eseguendo coscienziosamente e minuziosamente le istruzioni ricevute: "I due balzando lo presero, lo trascinarono dentro per i capelli, lo gettarono a terra sul pavimento, angosciato, e insieme gambe e braccia legarono con fune straziante solidamente girandola tutt'intorno. Poi l'attaccarono bene con una fune ritorta, in cima a un'altra colonna lo trassero, l'avvicinarono ai travi. Naso e orecchi troncarono col bronzo spietato, le vergogne strapparono, che sanguinanti le divorassero i cani, mani e piedi tagliarono con cuore infuriato." Od. 22, 187-193.

inferte al corpo, bensì al cadavere. Ma perché, allora, il cadavere viene mutilato? Perché questo ulteriore, inutile atto di crudeltà? Una possibile spiegazione è suggerita dall'analogia tra le mutilazioni inflitte al cadavere nel mondo omerico e quelle che in epoca più avanzata gli assassini infliggevano al cadavere delle loro vittime nel corso della pratica chiamata *maschàlismos*. Questa pratica, cui più di una volta alludono i tragici, è descritta con precisione dai lessicografi: dopo aver tagliato al morto mani, piedi, genitali, naso e orecchie, l'assassino legava le parti recise con una corda che, passata sotto le "ascelle" del morto - *maschiàlai* - faceva ricadere le parti recise dietro il suo collo. Il suo simbolismo non lascia dubbi: essendo stato mutilato, la vittima perdeva la sua forza, e quindi non poteva più vendicarsi, facendo del male al suo assassino. Posta l'analogia tra questa pratica e le mutilazioni inflitte al cadavere nel mondo omerico, l'ipotesi che lo sfregio fatto a Melanzio sia stato il primo *maschalismòs* documentato nella storia greca è senza dubbio suggestiva. La ragione determinante, in forza della quale non è possibile estendere analogicamente il macabro rituale del *maschalismòs* nel mondo omerico va cercata altrove¹²: non sul piano magico-apotropaico, bensì più precisamente, sul piano sociale. Infatti, l'uomo omerico nonostante temesse i morti e pur amando più di ogni altra cosa la luce del sole, egli non considerava l'aldilà come qualcosa di terrificante. Gli inferi per lui erano solo oscurità e nebbia. I morti erano ombre, fumo, immagini senza consistenza, senza forza, senza possibilità di agire. Che senso avrebbe avuto mutilarli per impedir loro di vendicarsi? Allora, mutilare il cadavere dell'uomo comune omerico, può essere considerato un atto non diverso da quello

¹² Il *maschalismos*, infatti, era un atto molto più complesso di una semplice mutilazione, e la sua funzione apotropaica era affidata in larga misura alla pratica, che accompagnava le mutilazioni, di legare le parti recise dietro il collo del cadavere. Non a caso, il nome della pratica deriva da questo atto, successivo alla mutilazione: l'assoluta impossibilità di vendicarsi, per l'ucciso, era garantita dal secondo atto del macabro rituale.

eseguito dall'eroe omerico, ma, anche in questo caso, l'analogia risulta essere forzata. L'eroe omerico trovava normale mutilare l'avversario in guerra, o infiggere la sua testa su un palo o usarla come palla. Anche se nemico, il guerriero omerico è pur sempre degno dell'avversario: caduto da eroe, potrebbe essere ricordato come tale. Invece, l'oltraggio ad una semplice e comune persona della civiltà omerica, come poteva essere il guardiano di una casa, era rivolto al cadavere di un uomo indegno, morto per aver disubbidito: di conseguenza, deve essere tale da rendere ancor più evidente la sua indegnità. Non a caso, il corpo veniva ridotto a un tronco informe, irriconoscibile, ormai privo di una parvenza umana: le mutilazioni inferte a coloro che si dovevano occupare di custodire l'ambito domestico, sono una sorta di castigo accessorio, destinato a render ancor più infame una morte già priva di qualunque onore.

Oltre ad essere comminato all'interno delle mura domestiche, l'estremo castigo trovava vita anche nelle città. Spalancando le porte di una comune casa ateniese del 400 a.C, e addentrandosi fra le vie della città, si può notare come la tranquilla vita cittadina fosse disturbata, talvolta, da urla, grida di terrore: una persona stava per essere giustiziata. Uno dei supplizi capitali in uso nella città di Atene era chiamato *apotympànismos*. Secondo l'interpretazione tradizionale, l'*apotympànismos* sarebbe consistito nell'uccidere il condannato a bastonate, colpendolo con un randello. A partire dai primi decenni del secolo scorso, peraltro, a quest'interpretazione è stata contrapposta un'altra: questo supplizio sarebbe consistito in una sorta di crocifissione¹³. Quale delle due ricostruzioni è esatta? Per capirlo è necessario partire dal ritrovamento di alcuni strumenti di tortura in un cimitero di età presoloniana, situato presso l'antico Falero.¹⁴ Tra il

¹³ L'ipotesi fu avanzata da A.D. KERAMOPOULLOS, e ripresa da L. Carnet, *Dell'esecuzione: a proposito di un'opera recente*, in *Antropologia*, cit., pp. 251 sgg.

¹⁴ Il cimitero fu scavato a due riprese, rispettivamente nel 1911 e nel 1915.

1911 e il 1915 in quella località fu scoperta una fossa, all'interno della quale stavano gli scheletri di diciassette cadaveri gettati lì senza onori funebri, come era costume per coloro che erano stati messi a morte. E non è tutto: i condannati a morte del Falero erano stati gettati nella fossa con un cerchio di ferro intorno al collo e dei ramponi alle estremità. In altre parole, con ancora addosso gli strumenti del supplizio cui erano stati sottoposti. Quale supplizio? Al momento del ritrovamento, ai ramponi che erano stati stretti alle mani e ai piedi dei condannati aderivano ancora dei pezzi di legno: evidentemente il residuo di un palo sul quale costoro erano stati issati e immobilizzati, con il collo e gli arti chiusi nel cerchio di ferro e nei ramponi. L'*apotympànismos*, se ne deduce, veniva realizzato in questa forma: attaccati saldamente a un palo, i condannati erano abbandonati ad una lunghissima agonia, destinata a cessare solo quando la morte poneva termine agli atroci tormenti provocati dai ferri che li stringevano, dalla fame, dalla sete, dalle intemperie e dai morsi delle bestie che dilaniavano il corpo indifeso.¹⁵ In altre parole l'*apotympànismos* era un supplizio simile, ma non identico, alla crocifissione romana. Ma quali erano i delinquenti ai quali veniva riservata questa terribile morte? A individuarli soccorre un passo di Lisia. Nell'orazione "*Contro Agorato*", accusato di aver denunciato nel 404 a.C. alcuni strateghi e tassiarchi, poi mandati a morte, Lisia si dilunga a descrivere la personalità morale e civile dell'accusato: schiavo, figlio di schiavi, adultero e delatore, fratello di tre delinquenti, finiti tutti e tre come meritavano. Il più anziano, infatti, era stato scoperto in Sicilia mentre facevano segnali luminosi al nemico, e perciò, era stato sottoposto a *apotympànismos*.¹⁶ Il secondo fratello, che trafficava in schiavi, fu gettato in prigione, dove perì miseramente. Il terzo, infine, fu condannato a morte come "ladro di abiti" e, come tale, fu

¹⁵ Secondo il racconto di Plutarco, i trierarchi di Samo sopravvissero al tormento per ben dieci giorni e furono finiti a colpi di clava.

¹⁶ Lys., XIII, 67.

sottoposto ad *apotympanismos*. Il passo indica dunque due categorie di delinquenti ai quali era riservata la crocifissione: i traditori e i “malfattori” - *kakoùrgoi* -. Ad Atene infatti venivano definiti *kakoùrgoi*, per legge, i “ladri” in generale - *kleptai* -, e, accanto a costoro, anche taluni ladri per così dire specializzati, nonché i “trafficienti di schiavi”. Una categoria di delinquenti odiosa, quella dei “malfattori”, la cui situazione, nel diritto attico, era del tutto particolare: se sorpresi in flagrante, essi potevano essere denunciati agli Undici (gli ufficiali a capo della polizia ateniese) ovvero vi potevano essere trascinati innanzi. E in questo caso le legge prevedeva per loro un’apposita procedura: se confessavano, infatti, essi potevano essere messi a morte senza processo. Se contestavano, invece, venivano regolarmente processati dinanzi al tribunale popolare e, qualora venissero condannati, - come dimostra l’orazione contro Agorato – venivano sottoposti ad *apotimpànismos*. Ma se, per legge, erano definiti malfattori solamente i ladri in generale, quelli specializzati e i trafficanti di schiavi, il numero dei delinquenti, trattati come tali, era certamente più vasto. Questo numero comprendeva coloro che avevano commesso il reato definito *moicheià*, e abitualmente tradotto con “adulterio”. Gli adulteri, per gli ateniesi, erano accomunati ai traditori e ai ladri per il fatto di aver commesso uno dei reati “nascosti”: e i crimini commessi di nascosto, che Aristotele contrappone a quelli “commessi con la forza” erano considerati dai greci particolarmente infami.¹⁷ Se sorpresi sul fatto, dunque¹⁸, e qualora non venissero uccisi dal padre, dal marito, dal convivente, dal figlio o dal fratello dell’adultera (come era “legittimo”

¹⁷ Aristot. Etich. Nic. 1131 a, 2-9.

¹⁸ Sul concetto di flagranza nel mondo antico, cfr. D. Daube, *To be found doing wrong*, in *Studi E. Volterra*, II Milano 1971, pp. 3 sgg. Sulle circostanze nelle quali si riteneva che un *moichos* fosse sorpreso “sul fatto”, cfr. E. Cantarella, *Moicheia. Reconsidering a Problem*, cit.

fare a determinate condizioni, secondo quanto stabiliva la legge)¹⁹, i *moichòì*, trattati come malfattori facevano, la stessa fine miserabile di costoro.

Nonostante la tipizzazione della procedura innanzi al tribunale popolare per i reati commessi in stato di flagranza, e accanto alla violenza fisica esercitata da chi puniva in forza di un potere familiare assoluto e illimitato, nel mondo greco arcaico esisteva un altro tipo di violenza, profondamente diverso: quella esercitata da chi compiva una vendetta privata. Ed è, questo, un terreno che è necessario esplorare, per vedere se in questo fenomeno sociale non siano per caso rintracciabili alcuni aspetti di quello che diverrà più tardi la violenza di Stato. Nella cultura omerica, ogni oltraggio subito diminuiva la *timè*, vale a dire la considerazione sociale della vittima e del suo gruppo. Solo attuando una vendetta proporzionata all'offesa, chi aveva subito un torto dimostrava di essere più forte e più valoroso dell'offensore. Ma la vendetta, considerata garanzia dell'equilibrio sociale, chiamava ulteriore vendetta, alimentava faide tra famiglie, creava nella comunità uno stato di belligeranza permanente. Questo non toglie che nella società documentata dai poemi omerici si sentisse già il bisogno di limitare, controllandolo, l'uso della forza privata in funzione vendicativa²⁰. Lentamente, nel mondo omerico, si era venuta affermando una prassi sociale che, in misura dapprima limitata e via via sempre più estesa, aveva ridotto numericamente le vendette private. Questa prassi era l'offerta di una *poiné*, vale a dire un riscatto, (termine dal quale derivano il latino *poena* e poi l'italiano "pena"), in denaro, che l'offensore faceva all'offeso, e che costui poteva liberamente accettare o respingere. Ricevendo la *poiné*, l'offeso

¹⁹ Sul concetto di "omicidio legittimo", sulle ipotesi che vi rientravano e sulle circostanze che rendevano "legittima" l'uccisione del *moichos*, cfr. E. Cantarella, *Donne di casa e donne sole i Grecia: sedotte e seduttrici*, in *La donna nel mondo antico*, Torino 1989, pp. 45 sgg.

²⁰ Cfr. Eva Cantarella, *Dalla vendetta alla pena. Un equilibrio difficile*. Raccolta saggi a cura di Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*.

potrebbe recedere dalla sua "ira". Stanca dello stato continuo di belligeranza inevitabilmente provocato da una catena incontrollata di vendette, la coscienza sociale, non solo aveva preso a considerare positiva la scelta di chi accettava il riscatto, ma aveva lentamente stabilito che, una volta fatta, essa doveva essere definitiva: in altri termini, la *poiné* era alternativa alla vendetta. Il valore fondamentale di questa regola era stato consacrato dall'introduzione di un organo giurisdizionale, rappresentato dal consiglio dei *gherontes*,²¹ chiamato a risolvere le eventuali controversie in materia. A chiarire come venisse esercitata questa giurisdizione interviene la descrizione del processo, peraltro il primo attestato di tale tipo della letteratura occidentale, scolpito da Efesto sullo scudo di Achille²² e descritto nel diciottesimo canto dell'*Iliade*: «e v'era del popolo nella piazza raccolto: e qui una lite sorgeva: due uomini leticavano per il compenso d'un morto; uno gridava 'aver tutto dato, dichiarando in pubblico, l'altro negava d'aver niente avuto: entrambi ricorrevano al giudice, per avere la sentenza, il popolo acclamava ad entrambi, di qua e di là difendendoli; gli araldi trattenevano il popolo, i vecchi sedevano su pietre lisce in sacro cerchio, avevano tra mano i bastoni degli araldi voci sonore, con questi si alzavano e sentenziavano ognuno a sua volta; nel mezzo erano posti due talenti d'oro, da dare a chi di loro dicesse più dritta giustizia».²³ Un uomo, dunque aveva ucciso un altro uomo. Gli appartenenti alla famiglia del morto volevano esercitare la vendetta su un appartenente al gruppo dell'omicida. Ma costui, affermando di aver già pagato una *poiné*, aveva fatto ricorso ai *gherontes*. Questi ultimi, dunque, dovevano accertare se il riscatto era stato pagato o meno.

²¹ I *gerontes* erano gli anziani della comunità.

²² Lo scudo era stato commissionato dalla madre di Achille, Teti, a Efesto, quando il figlio, ritiratosi dalla guerra dopo la morte di Patroclo, decide finalmente di tornare a combattere.

²³ Il. 18, 497-508.

Ma le conseguenze della loro decisione non erano solo pecuniarie. Il giudizio dei *gherontes* sull'accertamento dei fatti, in realtà, conteneva implicitamente un comando: se la *poiné* era stata pagata, il tentativo di vendetta doveva cessare. Invece, se la *poiné* non era stata pagata, colui che non aveva ricevuto o non aveva voluto accettare la compensazione, aveva il diritto di condurre a termine la rappresaglia. Implicitamente autorizzato dai *gherontes* ad uccidere, il parente del morto non agiva più esclusivamente, per difendere il suo onore e il suo interesse privato. La sentenza gli conferiva una delega implicita ad usare la forza fisica per assicurare il rispetto di una regola di comportamento che la compagine sociale riteneva fondamentale per la sua sopravvivenza: chi aveva ucciso doveva morire. Chi uccideva l'omicida non agiva più come un vendicatore privato: era un "agente socialmente autorizzato" all'uso della forza. Il processo di limitazione e di controllo della vendetta, dunque, affonda le sue radici in un'epoca antecedente alla nascita della *polis*. E, si deve riconoscere che a portare a termine questo processo, fu uno dei primi compiti che la *polis* medesima si prefisse.

Nel VII secolo a.C., quando l'ottica collaborativa progressivamente affermatasi aveva cominciato a prevalere su quella individuale e gli interessi personali cominciavano ad essere subordinati rispetto a quelli di tutti, si compì una rivoluzione profonda: si stabilì che l'inosservanza delle regole di comportamento, comunemente considerate vincolanti, non fosse più sanzionata dall'esposizione della vendetta, ma dall'applicazione delle pene stabilite dalla città. La *polis*, quindi, si limitò a statuire le regole di cui ci si poteva ragionevolmente aspettare il rispetto: ed è in questo quadro, appunto, che tali regole vanno valutate e che è possibile intendere la portata dell'intervento cittadino in materia di omicidio. L'antica prassi della vendetta andava eliminata, ma non poteva essere del tutto e d'improvviso cancellata. Quel che si poteva fare era regolarla e

sottoporla in misura crescente al controllo dello Stato. Se in età omerica i *gherontes* erano stati delegati ad esercitare un primo controllo al fine di accertare che non fosse esposto alla vendetta, chi aveva già pagato un riscatto, nessun controllo esisteva, in quell'epoca, sul fatto che l'omicidio fosse stato realmente commesso: su questa circostanza il controllo era solo sociale. E nessun controllo esisteva, ancora, sulle circostanze dell'uccisione (più specificamente sull'atteggiamento della volontà colpevole di chi aveva ucciso). Ma nel 621-620 a.C., ad Atene, la celebre legge sull'omicidio attribuita a Draconte, introdusse alcune fondamentali novità. La legge stabilì che gli omicidi andavano divisi a seconda del diverso atteggiamento della volontà colpevole e, di conseguenza, andavano puniti con pene diverse: se l'omicidio era stato "premeditato", la pena era la morte; se era stato "non premeditato" o "involontario", la pena era l'esilio.²⁴ Accanto a questi tipi di omicidio, inoltre, era previsto il cosiddetto *phònos dikaios* - omicidio legittimo - vale a dire commesso in circostanze che si riteneva giustificassero la reazione omicida e pertanto, tale omicidio era esente da pena. Più precisamente, era considerata "giusta": 1) l'uccisione involontaria dell'avversario durante le gare d'atletiche; 2) l'uccisione di un commilitone di guerra, per errore; 3) l'uccisione di un brigante in caso di assalto per strada; 4) l'uccisione di un uomo sorpreso mentre intratteneva un rapporto sessuale con la moglie, la madre o la sorella. L'omicidio legittimo, non era altro che una vendetta, che la città autorizzava a compiere e legalizzava. La nuova regola voleva che nessuno potesse essere ucciso senza una previa condanna di colpevolezza. Ormai esistevano organi giudicanti incaricati di accertare se l'omicidio era stato effettivamente commesso, di valutare il grado di colpevolezza dell'assassino e di irrogare la pena. Questi organi giudicanti erano

²⁴ Cfr. Eva Cantarella, *Studi sull'omicidio*, cit., pp. 68 sgg., e in *Norma e sanzione*, cit., pp. 251 sgg.

due: il tribunale dell'Areopago, al quale spettava di giudicare gli omicidi premeditati, e il tribunale dei Cinquantuno, ai quali spettava di giudicare gli altri omicidi. Pur avendo introdotto fondamentali innovazioni, la legge di Draconte non aveva fatto alcun cenno all'esecuzione della sentenza: anche nella città del VII secolo a.C. la messa a morte degli assassini era affidata ai parenti delle vittime e la situazione rimase inalterata per secoli. La vendetta continuava ad essere praticata nobile e necessaria. A dimostrare ciò abbiamo la decisione di Eschilo, nel 458 a.C., di mettere in scena ad Atene l'*Oresteia*: è la trilogia che celebra la fine dell'interminabile catena delle vendette, grazie alla nascita del diritto.²⁵ Con l'*Oresteia*, Eschilo ricordava ai suoi cittadini i mali senza fine della vendetta, esortandoli a rispettare la regola del diritto. Ma convincere gli ateniesi di questo non fu cosa facile. A distanza di oltre sessant'anni dal momento in cui leggi Draconiane avevano vietato di farsi giustizia, lo scontro tra la vecchia cultura dell'ira e della vendetta, concepita come forma di retribuzione per il torto subito, da una parte, e quella della pacificazione e della cooperazione cittadina, dall'altra, non era ancora

²⁵ Nella prima tragedia, Agamennone, il re di Micene, tornato in patria al termine della guerra di Troia, viene ucciso dalla moglie Clitennestra, che durante la sua assenza è diventata l'amante di Egisto, cugino di Agamennone, e che asserisce di vendicare, uccidendolo, i torti che il marito gli ha inflitto. Prima di partire per la guerra, infatti, Agamennone, per ottenere che gli dèi facessero spirare venti favorevoli alla navigazione, aveva sacrificato Ifigenia, figlia sua e di Clitennestra. Tornando da Troia, inoltre, aveva condotto con sé Cassandra, figlia del re Priamo, prigioniera di guerra che egli intendeva tenere come concubina. Nella seconda tragedia, Coefore, Oreste (l'unico figlio maschio di Agamennone e Clitennestra), rientra ad Argo dall'esilio ove era stato mandato, e incontra delle fanciulle che vanno al sepolcro del padre. Tra di loro c'è Elettra, sua sorella. Quando Elettra capisce che lo straniero sopraggiunto è Oreste, i due fratelli insieme decidono di vendicare la morte di Agamennone. E Oreste realizza il progetto, uccidendo sia Clitennestra sia Egisto. Preso da orrore per il gesto commesso, fugge lontano tentando di sottrarsi alle Erinni, le antiche dee che rappresentano la cultura dell'odio inestinguibile e della vendetta. Perché sconti il matricidio, le mostruose creature lo inseguono fino ad Atene, ove la dea Atena gli chiede di esporre il suo caso, e quindi, perché egli venga giudicato, istituisce l'Areopago, il primo tribunale cittadino, che lo assolve. Quello che a noi importa è che Oreste sia stato giudicato da un tribunale dove siedono giudici diversi dai parenti vendicatori, persone totalmente estranee ai fatti e dunque imparziali perché non animati da sentimenti di vendetta.

stato superato. Ad Atene era chiaramente in atto un conflitto culturale e ideologico. Ma ad un certo punto accadde che l'esecuzione della sentenza venisse affidata ad organi pubblici, anche se la condanna dell'omicida era stata la conseguenza di un'azione privata intentata dai familiari. Infatti nell'orazione di Demostene "*Contro Aristocrate*" leggiamo che, se una persona viene condannata per omicidio, su di lei hanno potere "le leggi e coloro che le amministrano. Chi ha intentato l'azione avrà soltanto il diritto di assistere alla sua esecuzione, niente più di questo".²⁶ I condannati venivano consegnati a magistrati che avevano lo specifico compito di eseguire materialmente le sentenze capitali: i cosiddetti Undici.

Ma quali erano i modi nei quali il colpevole veniva messo a morte? Secondo alcuni, le forme più antiche di esecuzione della pena di morte in Grecia erano la lapidazione, la precipitazione - *Barathron* - prevista non solo per casi di omicidio, ma anche per reati politici e, sul finire del V secolo a.C., la cicuta anch'essa comminata a coloro che si erano macchiati di reati politici. Tra queste antiche pratiche di morte la *polis* operò una selezione, evitando quelle che, per le loro caratteristiche, erano in contrasto con l'esigenza di assicurare la pace sociale: ad esempio la lapidazione restò fuori del mondo del diritto. La ragione di questa esclusione non può eccessivamente sorprendere. Nel momento in cui si afferma il diritto, questo deve necessariamente controllare la forza fisica. E la lapidazione è tipicamente un modo di usare la forza che in una società che voglia essere anche solo moderatamente pacifica, non può far altro che suscitare preoccupazione. La precipitazione consisteva nel gettare il condannato, incatenato, in mare o tra le rocce. La cicuta detta *konéion*, introdotta in Grecia sul finire del V secolo a.C., veniva spesso usata anche per scopi terapeutici: in particolare, si riteneva che essa curasse malattie quali le infiammazioni oculari e che avesse

²⁶ Dem., XXIII, 71.

effetti antiafrodisiaci, ma ingerirla comportava notevoli rischi. Ingerendo la sostanza liquida, infatti, la morte sopraggiungeva a causa del raffreddamento della temperatura corporea. La descrizione della morte di Socrate, condannato al termine di un processo per “empietà” celebrato nel 399 a.C., è senza dubbio, la fonte più preziosa e più ricca di dettagli che ci permette di capire come agiva il veleno. Scrive Platone nel *Fedone*: «ed egli girò un poco per la stanza; e quando disse che le gambe gli si appesantivano, si mise a giacere supino, perché così gli consigliava l'uomo.²⁷ E intanto costui, quello che gli aveva dato il farmaco, non cessava di toccarlo e di tratto in tratto gli esaminava i piedi e le gambe; e, a un certo punto premendogli forte il piede, gli domandò se sentiva. Ed egli rispose di no. E poi ancora gli premette le gambe. E così, risalendo via via con la mano, ci faceva vedere com'egli si raffreddasse e si irrigidisse. E tuttavia non restava di toccarlo; e ci disse che, quando il freddo fosse giunto al cuore, allora sarebbe morto»²⁸. Così agiva la cicuta, raffreddando il corpo dai piedi fino al cuore: nel racconto di Platone, in modo assolutamente indolore. Altre descrizioni raccontano la morte di chi aveva ingerito il veleno in modo assai diverso:²⁹ in preda al capogiro, con la mente oscurata, la vista deformata, gli occhi che roteavano selvaggiamente, le ginocchia indebolite, la gola attanagliata e le estremità paralizzate, lo sventurato accoglieva con sollievo il momento in cui finalmente, bloccando circolazione e respiro, la cicuta metteva fine alla sua agonia.

Abbastanza complesse e non lineari sono state le vicende della pena capitale nello stato romano, a partire dalla doppia regolamentazione

²⁷ Dopo la somministrazione del veleno, il carceriere, che ben conosceva le proprietà della cicuta, aveva consigliato a Socrate di passeggiare nella stanza, lentamente, fino al momento in cui le gambe cominciarono ad intorpidirsi.

²⁸ Plat. *Phaed.* 117 e 118 a.

²⁹ La descrizione platonica idealizza la morte del maestro, tacendo alcuni particolari fisiologici che avrebbero turbato la solenne serenità dell'atmosfera e dell'atteggiamento di Socrate.

del diritto primitivo (diritto penale pubblico e diritto penale privato) che, in particolare, decretava la pena di morte per alto tradimento - *puerdillio* - e per gli atti sacrileghi, lasciava ampio spazio alla vendetta privata nei casi di infrazione contro singoli individui. Infatti, come in Grecia, anche a Roma accadeva che alcuni comportamenti illeciti venissero puniti nell'ambito domestico sotto forma di violenza privata. A riguardo, una delle più antiche *leges regiae*³⁰, attribuite da Dionigi di Alicarnasso a Romolo, si preoccupò di stabilire quali fossero i casi in cui il marito potesse uccidere la moglie. Scrive lo storico greco: "Romolo stabilì che la moglie fosse punita con la morte dai parenti in caso di rapporto sessuale illecito e in caso avesse bevuto vino".³¹ Perché si senti il bisogno di una legge per affermare il diritto di uccidere la moglie che aveva commesso adulterio o che aveva bevuto? Semplicemente, perché a Roma una delle prime preoccupazioni della città fu quella di garantire un'ordinata riproduzione dei cittadini, controllando rigorosamente il comportamento femminile. La tipica forma di esecuzione per le donne comuni era la morte per inedia nei sotterranei della loro casa.³² E, a confermare che il mancato rispetto dei doveri femminili comportava questa morte, interviene la considerazione della sorte riservata alle Vestali "impudiche". Anche se caratterizzata da elementi religiosi che le conferivano il carattere di un rito espiatorio, la morte delle sacerdotesse di Vesta presenta, infatti, evidenti ed indiscutibili analogie con quella delle donne comuni. Le sacerdotesse erano vincolate da un voto di castità trentennale: selezionate, tra i sei e i dieci anni, al momento della consacrazione uscivano dalla potestà

³⁰ Le *leges* erano comandi del *rex* al quale spettava il potere di legiferare. Sono le più antiche disposizioni autoritative romane e talvolta esse individuavano alcuni comportamenti che dovevano essere puniti con la morte e stabilivano i modi con cui essa doveva essere inflitta.

³¹ O. Kiefer, *La vita sessuale nell'antica Roma*, Milano 1988, cap. II, pp. 67 sgg.

³² A Roma, la scelta di far morire le donne per inedia, sembra dovuta al carattere discreto e domestico di questo tipo di esecuzione.

paterna ed erano le uniche donne *sui iuris*,³³ alle quali fosse concesso compiere atti di rilevanza giuridica; in particolare, potevano fare testamento senza bisogno dell'assistenza di un tutore. Erano quindi donne privilegiate e circondate da un gran rispetto. Ma questo non significa che le Vestali non fossero sottoposte al controllo maschile: al momento della consacrazione,³⁴ il *Pontefix Maximus*, con una formula solenne (“ergo te, Amate, captio”)³⁵, acquistava su di loro un potere analogo a quello che il *pater familias* aveva sulle proprie figlie che, nel caso infrangessero il voto di castità, comportava la condanna a morte. E, quando la sentenza veniva emessa, la morte delle Vestali era terribile: al termine di una solenne e lugubre cerimonia, dopo aver attraversato la città su una lettiga, esse giungevano al luogo del loro supplizio. Lì coperte di veli, venivano fatte scendere dal *Pontefix* in una camera sotterranea, dove erano stati collocati un letto, del pane, dell'acqua, del latte, dell'olio e una fiaccola. E, quindi, venivano murate vive.³⁶ Vestali e donne comuni morivano nello stesso modo, sfinite dall'inedia, rinchiusi per sempre in un luogo che sarebbe divenuto la loro tomba.

Alle donne comuni era riservato anche un altro tipo di morte: lo strangolamento. A farne fede in età repubblicana, il caso di Publicia e Licinia: accusate di aver avvelenato i rispettivi mariti, le due donne furono strangolate in base ad una sentenza dei parenti. Al *ius puniendi* paterno, ovviamente, erano sottoposti anche i maschi. Nonostante

³³ Vale a dire non sottoposte al potere di un *paterfamilias*.

³⁴ La cerimonia che portava alla consacrazione delle giovani fanciulle nobili prendeva il nome di “cattura” (*captio*).

³⁵ Trad. «io ti prendo in mio potere, Amata».

³⁶ Il rituale è descritto da Liv., 8, 15, 7; Plut., *Numa* 10, 8-13 e Dion. Hal., 2, 67, 4. descrizione più particolareggiata in A. Fraschetti, *La sepoltura delle Vestali e la Città*, cit., pp. 97 sgg., in particolare pp. 121-128.

fossero legati da un rapporto particolare³⁷ con il proprio padre, quest'ultimo poteva punire il figlio, minorenni o maggiorenne, che aveva infranto le regole della disciplina domestica, fustigandolo a morte. Ad integrare le informazioni fornite dalle *leges regiae* intervengono le Dodici Tavole. Redatte secondo la tradizione da due successivi collegi di magistrati detti *decemviri legibus scribundis*, con lo scopo di fornire a Roma le prime leggi scritte, affisse su tavole di bronzo nel *forum*, consentono di conoscere una serie di regole in vigore intorno alla metà del V secolo a.C. Tale sistema legislativo applicò, in maniera non di rado contraddittoria, il principio del “taglione”, contemperandolo con forme non cruente di risarcimento e prevedendo, pure, la pena di morte. Concepito dalla *civitas* come strumento politico di controllo della vendetta privata ancor prima che lo Stato nascesse, la “legge del taglione” era prevista per i reati quali l'omicidio, furto e lesioni personali. Delitti di diversa gravità, per i quali era corrisposta una pena-vendetta proporzionata. Nel caso delle lesioni personali, per esempio, le Dodici Tavole prevedevano che, chi avesse recato danno ad una parte del corpo di un'altra persona e non fosse stato possibile venire ad un accordo, doveva subire una pena corrispondente al danno recato. Per chi avesse commesso il reato di furto, la città aveva stabilito che la vendetta poteva essere esercitata solo in ipotesi di particolari gravità.³⁸ In caso di omicidio, invece,

³⁷ Al raggiungimento della maggiore età il *filiusfamilias*, pur restando sottoposto alla *patria potestas*, acquisiva la capacità i diritto pubblico: poteva votar, partecipare alla gestione della cosa pubblica e intraprendere la carriera politica. Cittadino di pieni diritti, il figlio adulto (a meno che non fosse stato emancipato) si trovava quindi in una posizione ambivalente nei confronti del padre. Poniamo il caso, per fare un esempio particolarmente significativo, che un *filiusfamilias* diventasse magistrato: in quanto tale, aveva un potere pubblico sul padre, al quale come figlio, era tuttavia sottoposto, né più né meno di un minorenni o di una donna.

³⁸ Nel caso di furto, la maggior gravità del reato discendeva dalle circostanze o dalle modalità in cui il delitto era stato compiuto e il ladro era stato scoperto. Per esempio, il rubare nottetempo, era considerato indice di un atteggiamento particolarmente antisociale tale da giustificare l'esercizio immediato della forza fisica. Anch'chi rubava di giorno poteva essere ucciso, qualora, scoperto in flagrante, si difendesse ricorrendo alle armi.

sussisteva il problema di conciliare una mentalità che considerava la vendetta privata non solo un diritto, ma anche un dovere sociale, con l'affermazione del diritto esclusivo della *civitas* di stabilire, come e quando, un comportamento meritava di essere punito con la morte. Esattamente come fece la civiltà ateniese con le leggi di Draconte, anche la *civitas* romana autorizzò i parenti della vittima ad uccidere l'assassino, riservandosi il diritto di accertare, se e quando, un omicidio era a titolo di dolo o di colpa³⁹. Attraverso questa licenza di uccidere, i parenti delle vittime si trasformarono da carnefici privati, in agenti delegati ad applicare la pena di morte nelle forme più varie tra le quali l'annegamento, l'impiccagione e la fustigazione a morte. Nel momento stesso in cui nacque, la città si assunse il compito di mettere a morte anche i rei di *puerdillio*, cioè coloro che avevano attentato al potere regale. Se per gli altri criminali la *civitas* delegava l'esecuzione a privati autorizzati, per i pubblici traditori l'esecuzione era affare di Stato: venivano uccisi dal *rex* o dai suoi aiutanti. A seconda dei casi, dei momenti e della situazione politica in cui il crimine era avvenuto, i traditori venivano decapitati con la scure, bruciati vivi o precipitati dalla rupe Tarpea.

Attenuata nel periodo repubblicano dalle ampie garanzie previste per i cittadini, ma sempre severamente inflitta agli schiavi (nei cui confronti l'esecuzione tipica era la crocifissione), ai nemici, ai prigionieri di guerra e alle popolazioni sottomesse, la pena di morte assunse crescente estensione durante il principato e l'impero, soprattutto in materia politica e nel clima di persecuzioni contro il diffondersi del monoteismo cristiano. L'opera di cristianizzazione dell'imperatore Costantino (313 d.C.), e il riconoscimento del cristianesimo come religione ufficiale dell'Impero Romano da parte dell'imperatore Teodosio (438 d.C.), posero le basi per una radicale

³⁹ Delle indagini, che avrebbero portato a classificare un omicidio volontario oppure involontario, venivano incaricati gli aiutanti del re chiamati *questores parricidii*.

trasformazione della giustizia. Prese vita, accanto allo Stato cristiano - relativo all'Impero romano - la comunità cristiana, che estese i suoi confini fino a renderli identici a quelli statali; e le autorità della Chiesa - i vescovi - svolsero una funzione che fu sempre più di supplenza delle magistrature politiche e si ritagliò un potere duplice: quello di intercessione in materie di sentenze di tribunali secolari e quello di amministrazione di una giustizia relativa alle colpe che incrinavano l'appartenenza alla comunità dei battezzati. Si creò uno scenario in cui il compito di giudicare e punire si colorava di caratteri religiosi: le chiese diventano un luogo di rifugio e i vescovi amministrarono ordinariamente poteri di intercessione. Tutto ciò fino a quando fu la stessa Chiesa cattolica a sposare pratiche, a dir poco, abominevoli, quali le torture e le esecuzioni nel periodo della Santa Inquisizione (XII secolo d.C.). Noti a tutti sono i roghi accesi per chi solo si discostava dalle posizioni della Chiesa, sia sul piano dogmatico, sia su quello politico e scientifico.

Nel lungo "medioevo cristiano" l'esercizio del potere e la comminazione della morte come pena si intrecciano strettamente. Impressionante è la costanza con la quale la chiesa cattolica legittima il ricorso alla pena di morte. Ad avvalorare questa tesi ricorrono costantemente le posizioni prese dai più importanti padri della chiesa come San Tommaso e sant'Agostino. Ma l'evoluzione successiva del sistema delle pene, trovò i propri fondamenti in un sistema di collaborazione tra autorità politiche ed ecclesiastiche nell'esercizio della funzione repressiva.⁴⁰ Ed è in questo quadro che l'uso temporale della spada, corrispondente sia allo strumento di salvaguardia di un ordine "giusto", sia al potere di infliggere la morte a chi ne violasse le regole fondamentali, trova la sua duratura consacrazione. Pur restando distinti, i poteri spirituale e temporale iniziarono le loro scambievoli

⁴⁰ Cfr. Adriano Prospero, *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana. XIV-XVIII secolo*. pp. 42-45. Einaudi, Torino 2013.

imitationes. Da un lato, la chiesa trasse dal modello imperiale lo stimolo per rappresentarsi e costruirsi come un formidabile assetto potestativo per la salvezza dell'anima degli esseri umani e di tutti coloro che si avvicinavano alla chiesa mediante l'istituto della confessione, mentre, dall'altro, il potere secolare si ammantava di un'aurea religiosa, sacrale. Per tutto il Medioevo, sia in Europa sia in Medio Oriente, il tratto fondamentale delle esecuzioni capitali fu la spettacolarità: esse diventarono vere e proprie celebrazioni collettive, dotate di una prorompente scenografia con tanto di pubblico. Chiaramente queste manifestazioni servirono sia a "vendicare" la società, sia a manifestare tutto il carattere terrorizzante ed esemplare dell'atto. Tra i supplizi medievali troviamo l'arrostimento sul rogo, l'impalamento, lo schiacciamento lento e progressivo, il far bollire il condannato nell'olio, strappargli le carni o il cuore mediante tenaglie arroventate, seppellirlo o murarlo vivo con il capo all'ingiù e infinite altre crudeltà, come la famigerata "ruota".⁴¹

La progressiva laicizzazione dello stato e del sistema giuridico radicata nel rinascimento e negli sviluppi della società e della cultura borghese, ha posto in una nuova prospettiva il problema del diritto di punire - anche con la pena di morte - proprio del potere costituito.

⁴¹ Nella ruota, a ragione reputata come il massimo dei tormenti, si rompevano le membra del condannato e poi, legato con le braccia e con le gambe aperte e distese sopra una ruota che si piantava in cima ad un palo, lo si lasciava così miseramente morire.

Non è venuta meno la tematica religiosa, sia da parte cattolica⁴² che da parte protestante e riformata;⁴³ ma nel contempo la moderna teorizzazione del diritto naturale, portando al graduale superamento della concezione del diritto divino dei principi e fondando maggiormente su basi laiche e nazionalistiche la legittimazione del potere, ha conferito nuova dimensione all'intero problema della pena. Ne è uscita rafforzata e diffusa la condanna capitale, ma allo stesso tempo il dibattito si è aperto anche alle voci di dubbio o di opposizione nell'ottica etico - filosofica e giuridica, criticamente attenta alle difficoltà del presente.

Dalla discussione circa la ragion d'essere della pena di morte alle diverse accentuazioni dei teologi cinquecenteschi - tra i quali Alfonso De Castro, giustificante esemplarmente il carattere legittimo e «taumaturgico» della pena di morte - questa accesa problematica si connetteva inevitabilmente con il faticoso cammino della tolleranza

⁴² Giannino Piana, *La Chiesa Cattolica di fronte alla pena di morte*. In Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*. Feltrinelli, Milano 2010 pag. 129. La manualistica morale cattolica ribadisce la legittimità della pena di morte, approfondendone le motivazioni, che vengono ricondotte a tre argomentazioni, non necessariamente alternative, assegnando, di volta in volta, all'una o all'altra prevalenza. La *prima* individua il fondamento della pena di morte nella *retribuzione* del reato: essa rappresenterebbe un tipo di ritorsione, sottoforma di sofferenza, inflitta al fine della restaurazione dell'ordine violato. La *seconda* riconduce il fondamento all'*intimidazione*: la pena di morte assolverebbe, in questo caso, a una funzione di prevenzione e di dissuasione, costituendo il timore del castigo esemplare una sorta di deterrente nei confronti della tentazione di commettere lo stesso reato. Infine, la *terza* rinvia alla *tutela della sicurezza pubblica*: la pena di morte concorrerebbe alla preservazione dell'ordine sociale e andrebbe ascritta all'istituto della legittima difesa, il cui raggio d'azione non può essere circoscritto alla sola sfera privata ma deve estendersi anche a quella pubblica.

⁴³ Giannino Piana, *La Chiesa Cattolica di fronte alla pena di morte*. In Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*. Feltrinelli, Milano 2010 pag. 129. La riforma protestante non modifica sostanzialmente la posizione medievale. Lutero afferma con forza l'esistenza di un potere di vita e di morte legato da Dio agli uomini investiti di autorità politica. Egli si oppone tuttavia all'uso della pena capitale per motivi esclusivamente intraecclesiali, limitandone l'applicabilità ai casi di criminalità comune. A spingerlo in tale direzione è soprattutto la preoccupazione di evitare la *commixtio regnorum*, cioè la commistione tra legge e vangelo. Per questo, al contrario di Zwingli e Calvino, che considerando l'eresia anche un delitto politico optano per la pena di morte degli eretici, egli è decisamente contrario in questo caso alla sua applicazione.

religiosa e della libertà di pensiero, preannunciando a poco a poco le posizioni illuministiche. E fu proprio l'età dei lumi XVIII secolo d.C., ad elaborare le ragioni per la più importante riforma "umanitaria" della pena di morte. La giustificazione e la legittimazione laica del potere politico, che nel contrattualismo di Hobbes aveva tra l'altro trovato definizione correttiva e irrevocabile rispetto alla negativa precarietà dello stato di natura, aveva avuto in John Locke diversa e più ottimistica sistemazione: ad esempio a proposito dell'«estensione della potestà legislativa», si dà fondamento al diritto di punire dello stato in base all'esigenza di tutelare e di proteggere, pure sul piano normativo la possibilità e capacità di convivenza, già insita nella condizione naturale umana.

Assai ampia è la gamma dei possibili richiami, in particolare a proposito dell'impianto utilitaristico del problema della pena: Samuel von Pufendorf aveva argomentato in termini di utilità il trasferimento del naturale *appetitus societatis* umano nella *societas inaequalis* condizionata dalla «patto di dominio»; e Thomasius aveva in una certa misura anticipato Kant distinguendo con chiarezza, rispetto alle categorie dell'*honestum* e del *decorum*, l'obbligazione «esterna» del *iustum* (diritto) a garanzia positiva - tanto nel legiferare quanto nel punire - del mantenimento delle relazioni sociali e della pace. Del pari, Leibniz, era giunto dal canto suo a riabilitare nella sostanza il carattere «vendicativo» non semplicemente della pena in genere, ma della pena capitale, in relazione, peraltro, al ristabilimento dell'ordine. Sembra, dunque, afferabile che, pur apparendo presenti e variamente poste a confronto motivazioni di tipo retributivo (etiche) e di tipo preventivo (utilitaristiche), è l'istanza dell'utile, e pertanto della «pubblica utilità», che si è rivelata prevalente nelle considerazioni dei filosofi, per lo più funzionali alla teoria e alla pratica del dispotismo illuminato.⁴⁴

⁴⁴ Cfr. D. Molino-M. Novarino-C.Ottini, *Pena di morte*, pp. 21-24

Soltanto dalla fine del XVIII secolo, grazie al pensiero filosofico – illuministico di Cesare Beccarla ed al suo libro *Dei delitti e delle pene*, si può riscontrare il primo vero e proprio attacco alla legittimità della pena di morte e, più in generale, all'intero sistema giuridico dell'epoca. Tale critica sarà destinata a influenzare notevolmente la formazione di tutti i sistemi giuridici adottati dalle democrazie moderne e a rivoluzionare il concetto stesso di pena attraverso la previsione di forme alternative all'estremo supplizio come ergastolo o lavori forzati. Nonostante gli enormi progressi avutisi grazie al pensiero abolizionista di Beccaria, non mancarono le contraddizioni della Restaurazione e delle tendenze imperialistiche, che hanno, peraltro, segnato l'incipiente ridimensionamento della moderna egemonia europea nel mondo. Romanticismo e Positivismo ne sono state le più significative correnti di pensiero, che si sono tuttavia intrecciate con il ricorrente emergere di istanze irrazionalistiche forse sintomatiche di crescenti incertezze e di quei fattori di crisi, che hanno trovato conferme - a partire dalla prima guerra mondiale, non a caso definita imperialistica - nelle vicende spesso sconvolgenti del secolo attuale. Le violazioni dei diritti umani non sono diminuite; anzi sono progressivamente aumentate, non escludendo tra l'altro l'uso massiccio e generalizzato delle violenze maggiori: il genocidio e la privazione palese o subdola della stessa dignità di uomo, date dalla tortura e dalla pena di morte.

Tra guerre, fascismi e nuovi autoritarismi, la teoria e la pratica della pena capitale hanno mantenuto una costante e terrificante presenza nel corso del XX secolo. Se n'è fatto macabro portatore il regime fascista durante il quale, per mezzo delle leggi del 1926 "per la difesa dello stato" e poi con il codice Rocco, la pena di morte viene reintrodotta ed effettivamente applicata⁴⁵ e il regime nazista nella Germania e nei

⁴⁵ Tra il 1926 e il 1943, il Tribunale speciale per la difesa dello stato pronuncia quarantadue condanne a morte.

paesi occupati, non solo mediante il sistema concentrazionario, la cui esecrabilità è sotto gli occhi di tutti, ma col precoce ripristino delle condanne a morte e delle esecuzioni. Solo dopo il termine del secondo conflitto mondiale, numerosi Stati europei e poi anche extraeuropei - ad eccezione di Stati Uniti d'America, Cina e dei paesi del mondo musulmano - sotto la crescente spinta delle prime carte comunitarie ed internazionali quali la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino, la Convenzione europea dei diritti umani, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, cominciarono a rivedere i rispettivi codici penali, addolcendo le pene e le procedure penali e, quindi, abolendo la pena di morte, rimpiazzata dall'ergastolo o da pene ancor più miti. Ne sono testimoni la Francia che abolì la pena di morte nel 1981 sia in tempo di pace sia in tempo di guerra, e di seguito l'Italia, il cui Parlamento il 5 ottobre del 1994 approva (e il successivo 25 ottobre venne promulgato) un progetto di legge per la soppressione della pena di morte anche dal codice penale militare di guerra, la Spagna nel 1995, il Belgio nel 1996 e la Gran Bretagna nel 1998. Questi Stati hanno dato inizio alla corrente abolizionista europea, fondata nella convinzione che il "diritto alla vita" sia un diritto fondamentale di tutti gli uomini senza distinzione fra le diverse culture, civiltà o tradizioni religiose. Ciononostante, il quadro internazionale odierno non ha presentato situazioni realmente innovatrici in ordine alla pena di morte, che, anzi, continuando ad essere comminata per «reati comuni», ha registrato una significativa accentuazione del suo uso politico, sino a farlo diventare spesso preponderante. Quello della pena di morte è destinato a rimanere, per il momento, un problema, dolorosamente ancora aperto.

2. IL FONDAMENTO FILOSOFICO DELLA PENA DI MORTE NEL PENSIERO DI HOBBS, LOCKE E KANT

2.1 Premessa

La storia e le opinioni del pensiero filosofico sulla pena di morte, prima di essere proposta all'attenzione del mondo occidentale dal grande illuminista Cesare Beccaria, aveva interessato attraverso i secoli, i personaggi più diversi, ciascuno dei quali aveva sostenuto ed affrontato nelle proprie opere, la tematica capitale dai più disparati punti di vista. E, al di là delle diverse dottrine sostenute intorno allo scopo della pena, questo pensiero patibolare unisce filosofi giusnaturalisti come Hobbes, Locke ed illuministi come Kant.

Gli argomenti sono monotonamente gli stessi: la giusta retribuzione, l'intimidazione, la difesa sociale e l'idea della società come organismo di cui è bene amputare l'organo malato per preservare e garantire il bene comune.

Per capire il fondamento filosofico-politico del diritto dello stato di punire con la morte nel pensiero di Thomas Hobbes e di John Locke, è opportuno prendere in considerazione il contesto storico-politico e culturale nel quale si è sviluppata la giurisprudenza moderna facendo una doverosa premessa metodologica: il passaggio dall'età medievale, caratterizzata da una visione teocentrica che ha come punto focale Dio, all'età moderna caratterizzata, invece, da una visione antropocentrica che ha come momento focale l'uomo, rappresenta un momento decisivo per la storia dell'umanità e, in

particolare, per la scienza del diritto.⁴⁶ Ed è proprio all'interno dell'universalismo medievale, fatto di divisioni e di lacerazioni, che nasce la civiltà moderna. Ciò sul piano giuridico ha due conseguenze. In primo luogo, nella misura in cui lo Stato nazionale moderno vuole affermare la propria autonomia politica, deve affermare anche la propria autonomia giuridica. In secondo luogo, a seguito della rottura dell'unità religiosa occasionata dalla Riforma protestante, la moderna corrente giusnaturalistica⁴⁷ concentra l'analisi filosofica sulla necessità di formulare un nuovo diritto internazionale in grado di assicurare una pacifica convivenza fra le nazioni europee. Il maggior impegno volto alla formulazione di un nuovo diritto internazionale capace di assicurare la convivenza civile, è rinvenibile nella principale opera di Ugo Grozio: *De iure belli ac pacis* (1625). Opera tecnica, di diritto internazionale, ha il respiro e l'importanza di un'opera politica moderna per due fondamentali enunciati: la razionalità del diritto di natura, e quindi l'obiettività delle sue regole, imm modificabili anche da parte di Dio e sussistenti anche nell'ipotesi della inesistenza di Dio;⁴⁸ lo «*stare pactis*» come

⁴⁶ La concezione antropocentrica, come ha osservato, Franco Todescan in *Metodo, Diritto, Politica. Lezioni di storia del pensiero giuridico*, costituisce il frutto di tutto un apparato di pensiero che condiziona anche l'odierna civiltà. Con la nascita dell'Umanesimo non è più Dio il centro dell'universo: c'è il primo tentativo di spostamento dell'asse interpretativo dal teocentrismo all'antropocentrismo. Tuttavia non c'è un'affermazione radicale dell'antropocentrismo perché non sidecapita il discorso teologico, ma si afferma il valore dell'umano accanto al valore divino. Franco Todescan, *Metodo, Diritto, Politica. Lezioni di storia del pensiero giuridico*, Monduzzi, Bologna, 2002, pp.88-89.

⁴⁷ Il giusnaturalismo (dal latino *ius naturalis*, diritto naturale) è la teoria secondo la quale esiste un diritto naturale, cioè un insieme di norme universali che, derivando dalla stessa natura umana, sono fondate sulla ragione e perciò trovano la propria giustificazione in se stesse. Nell'ambito del diritto naturale ricadano sia i diritti individuali in senso proprio, come la conservazione della vita, la libertà, la proprietà, sia una serie di obblighi, come il rispetto degli altri o dei patti. I diritti naturali sussistono nello stato di natura, che rappresenta storicamente una situazione storicamente esistita o semplicemente ipotizzata in cui non esistono forme associative tra gli individui, e sono anteriori al patto che fonda la società, attraverso il quale viene istituito un diritto positivo, cioè posto dallo Stato. La formulazione moderna del giusnaturalismo è da attribuire a Ugo Grozio e, successivamente, a Thomas Hobbes.

⁴⁸ Ugo Grozio viene, difatti, considerato il fondatore del diritto naturale laico.

norma che fonda il principio di obbligazione e quindi, allo stesso tempo, il diritto e lo Stato.⁴⁹

Considerato il padre della Scuola del diritto naturale laico, il filosofo di Delt, appoggia la convivenza sociale sulla ragione umana, che è una capacità di valutare la realtà senza farsi trascinare dalle passioni. Sottrae quindi alla concezione dello Stato come potere e come forza il presupposto della incoercibilità delle passioni. Egli, è vero, ammette la possibilità di una cessione totale del potere da parte di un popolo a un monarca, ma il principio del contratto presuppone egualmente la virtuale parità dei contraenti e anche una comune capacità di calcolo razionale e di vita morale allo stato di natura.⁵⁰ Ed il contratto sociale rappresenta il *trait d'union* tra due categorie storiche sulle quali si fonda la dialettica contrattualistica: lo stato di natura e lo Stato politico. Infatti, il contratto sociale è quello strumento, accordo stipulato tra tutti gli individui, che consente di superare tutte le contraddizioni, lotte e conflitti insite nello stato di natura e che permette la nascita dello Stato politico. E sarà proprio da questo schema interpretativo triadico (presenza di uno stato di natura; necessità del superamento delle contraddizioni insite nello stato di natura attraverso un contratto sociale; produzione attraverso il contratto sociale dello Stato politico) che i maggiori esponenti della Scuola del diritto naturale, Thomas Hobbes e John Locke, giustificheranno, in base a posizioni filosofiche diverse, il fondamento giuridico-politico della pena capitale.

⁴⁹ Opera realizzata dalla Redazione Grandi Opere di UTET Cultura, *La Storia, il Seicento: l'età dell'assolutismo*, UTET Cultura, Novara, 2007, pag. 285.

⁵⁰ Opera realizzata dalla Redazione Grandi Opere di UTET Cultura, *La Storia, il seicento: l'età dell'assolutismo*, UTET Cultura, Novara 2007, pag. 285-286.

2.2 IL FONDAMENTO FILOSOFICO DELLA PENA DI MORTE NEL PENSIERO DI THOMAS HOBBS

La filosofia-politica di Thomas Hobbes, uno dei maggiori filosofi dell'età moderna, si caratterizza per la posizione radicale di alcune tesi, quali, soprattutto, la definizione della ragione come tecnica calcolista, quella dell'*Homo Homini lupos*⁵¹ e del *Leviatano*. Tuttavia, la sua filosofia, rivalutata in particolare a partire dagli ultimi decenni del Novecento, è pienamente rappresentativa dell'età moderna, sia nei suoi aspetti logico-filosofici che in quelli politici.⁵² Dal punto di vista strettamente filosofico, egli sostiene una visione della realtà radicalmente materialistica: tutto è corpo, e la mente è una «macchina calcolatrice» che usa il «linguaggio», mezzo di espressione convenzionale e quindi concepito come creazione dell'uomo del tutto scollegata dalla realtà oggettiva delle cose. Inoltre, non esistendo né bene né male, l'uomo agisce solo sulla base dei propri interessi individuali. L'uomo non è – come sosteneva Aristotele – un essere socievole; al contrario, i rapporti tra gli uomini, nello stato di natura, sono un *bellum omnium contra omnes*⁵³. Sulla base della natura, pertanto, mai nessuna civiltà si potrebbe edificare. Ma l'uomo è anche ragione, cioè capacità di calcolare e prevedere i benefici che potrebbero derivargli da una condizione di pace sociale, che si può raggiungere attraverso un patto con cui egli aliena tutti i suoi diritti – tranne la vita – ad un potere politico di tipo assoluto impersonato nel biblico Leviatano⁵⁴. Infatti, Hobbes si serve del nome del mostro biblico per alludere alla potenza assoluta dello stato, concepito come un «uomo artificiale» creato al

⁵¹ Uomo lupo per l'altro uomo.

⁵² Nicola Abbagnano – Giovanni Fornero, *Fare Filosofia*, Paravia, Milano, 2000, pag. 108.

⁵³ Hobbes considerava lo stato di natura come una guerra di tutti contro tutti.

⁵⁴ Il Leviatano (*Leviathan*) è quel mostro marino, simile ad un coccodrillo, che nelle scritture (*Giobbe, 40 e 41*) è descritto come la più potente e terribile delle creature terrestri.

fine di difendere e proteggere, anche con l'uso della spada, l'«uomo naturale».⁵⁵

Hobbes ha voluto costruire la sua politica sul fondamento di principi necessari e ha concepito questa scienza per analogia alla geometria, ossia fondata su pochi principi, dai quali l'intera costruzione viene necessariamente dedotta: due sono, secondo Hobbes, i postulati certissimi della natura umana dai quali discende l'intera scienza politica: 1) – la bramosia naturale per la quale ognuno pretende di godere da solo dei beni comuni; 2) – la ragione naturale per la quale ognuno rifugge dalla morte violenta come dal peggiore dei mali naturali.⁵⁶

Il primo di questi postulati esclude che l'uomo sia per natura un «animale politico». Hobbes non nega, a questo proposito, che gli uomini abbiano bisogno gli uni degli altri; ma nega che gli uomini abbiano per natura un istinto che li porti alla benevolenza e alla concordia reciproca. In altri termini, ciò che il filosofo nega è l'esistenza di un amore naturale dell'uomo verso il suo simile. «Se gli uomini si accordano per commerciare – egli dice – ciascuno si interessa non del socio ma del proprio avere. Se per dovere d'ufficio nasce un'amicizia formale, è più timore reciproco che amore, sicché da essa nasce talvolta una fazione, mai la benevolenza. Se si associano per diletto o a scopo di divertimento, ciascuno si compiace soprattutto di ciò che eccita il riso per sentirsi superiore nel confronto con la bruttezza o l'infermità altrui».⁵⁷

⁵⁵ Nel frontespizio del suo capolavoro, il sovrano (l'uomo artificiale) è graficamente raffigurato come un individuo immenso formato dalle teste di tutti gli altri individui, i sudditi (l'uomo naturale).

⁵⁶ Nicola Abbagnano – Giovanni Fornero, *Fare Filosofia*, Paravia, Milano, 2000, pag. 103.

⁵⁷ Thomas Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, Edizioni Internazionali Riuniti, Roma, 2005, cap. I, 2.

Insomma, ogni associazione spontanea nasce o dal bisogno reciproco o dall'ambizione, mai dall'amore o dalla benevolenza verso gli altri. Pertanto non è questa benevolenza, secondo Hobbes, l'origine delle più grandi e durature società, ma solo il timore reciproco. La causa di questo timore è, in primo luogo, l'uguaglianza fra gli uomini, per la quale tutti desiderano la stessa cosa, cioè l'uso esclusivo dei beni comuni. In secondo luogo, è la volontà naturale di danneggiarsi a vicenda o anche l'antagonismo che deriva dal contrasto delle opinioni o dall'insufficienza del bene. «La natura – afferma Hobbes – ha fatto gli uomini così uguali nella facoltà del corpo e della mente che, sebbene si trovi talvolta un uomo manifestamente più forte fisicamente o di mente più pronta di un altro, pure quando si calcola tutto insieme, la differenza tra uomo e uomo non è così considerevole, che un uomo possa di conseguenza reclamare per sé qualche beneficio che un altro non possa pretendere, tanto quanto lui, infatti riguardo alla forza corporea, il più debole ha forza sufficiente per uccidere il più forte, o con una segreta macchinazione o alleandosi con altri che sono con lui nello stesso pericolo. E quanto alla facoltà della mente io trovo tra gli uomini una eguaglianza ancora più grande di quella della forza. Infatti la prudenza non è che esperienza, ed un tempo eguale la conferisce in egual misura a tutti gli uomini, in quelle cose in cui si applicano in egual misura. Ciò che può forse rendere incredibile una tale eguaglianza non è che un vano concetto della propria saggezza, che quasi tutti gli uomini pensano di avere in un grado maggiore del volgo, cioè di tutti gli uomini, tranne se stessi e pochi altri che approvano per loro fama, o perché concordano con essi»⁵⁸. Da questa situazione di eguaglianza sorge l'eguaglianza nella speranza di conseguire i propri fini. Così, se due uomini desiderano la stessa

⁵⁸ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XIII, pag. 117-118.

cosa, lo stesso bene, e tuttavia entrambi non possono goderlo, diventano inevitabilmente dei nemici, e sulla via del loro fine – che secondo Hobbes è principalmente la propria conservazione – si sforzano di distruggersi o di sottomettersi l'un l'altro. L'utopico raggiungimento del bene comune nello stato di natura, è resa ancor più marcata da un altro inciso del filosofo inglese: «onde accade che dove un aggressore non ha più da temere che il potere singolo di un altro uomo, se uno pianta, semina, costruisce o possiede un fondo conveniente, ci si può probabilmente aspettare che altri, preparatisi con forze riunite, vengono per spossessarlo e privarlo non solo del frutto della sua fatica, ma anche della sua vita o della sua libertà. E l'aggressore è di nuovo in un pericolo simile a quello in cui era l'altro».⁵⁹ Dunque, la diffidenza dell'uno verso l'altro, la competizione e l'assenza di un potere comune che tenga in uno stato di soggezione tutti gli uomini fanno sì che lo stato di natura sia uno stato di guerra incessante di tutti contro tutti.⁶⁰ In questo stato di guerra di tutti contro tutti, in cui non trovano collocazione l'industria, né le arti, né la società, non c'è nulla di giusto: la nozione del diritto e del torto, della giustizia e dell'ingiustizia nasce dove c'è una legge e la legge nasce dove c'è un potere comune: dove non c'è né legge né potere manca la possibilità della distinzione tra il giusto e

⁵⁹ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XIII, pag. 118.

⁶⁰ Nicola Abbagnano – Giovanni Fornero, *Fare Filosofia*, Paravia, Milano, 2000, pag. 103. Inoltre, il teorico dello Stato Assoluto, tiene a precisare che la «guerra non consiste solo nella battaglia o nell'atto del combattere, ma in un tratto di tempo in cui è sufficientemente conosciuta la volontà di contendere in battaglia». Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XIII, pag. 120.

l'ingiusto.⁶¹ Ognuno, quindi, ha diritto su tutto, compresa la vita degli altri, e di usare il proprio potere come egli vuole. Infatti, in tal senso afferma Hobbes: «il diritto di natura, che gli scrittori comunemente chiamano *ius naturale*, è la libertà che ogni uomo ha di usare il proprio potere, come egli vuole, per la preservazione della propria natura, vale a dire, della propria vita, e per conseguenza, di fare qualunque cosa nel suo giudizio e nella sua ragione egli concepisca di essere il mezzo più atto a ciò».⁶² Ma quale istinto porta l'uomo ad avere diritto su tutto, compresa la vita degli altri? È un istinto animale insopprimibile, giacché, nota Hobbes, «ciascuno è portato a desiderare ciò che per lui è bene e a fuggire ciò che per lui è male e soprattutto a fuggire il maggiore di tutti i mali naturali che è la morte»: ogni uomo allo stato di natura sarebbe dominato unicamente da istinti egoistici e, non differentemente dagli animali, non sarebbe un essere politico, uno *zoon politikón*, ma ciascun uomo si comporterebbe nei confronti di tutti gli altri solo come un animale feroce, un comportamento descritto con la nota formula *homo homini lupus*.⁶³ L'uomo, per natura, vorrebbe solo appagare i propri appetiti e accrescere la propria potenza, senza riguardo per gli altri, e si troverebbe in una condizione di guerra di ognuno contro tutti: «è evidente che, per tutto il tempo in cui gli uomini vivono senza un potere comune che li tenga soggiogati, si trovano in quella

⁶¹ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XIII, pag. 122. «Da questa guerra di ogni uomo contro ogni uomo consegue anche questo, che nulla può essere ingiusto. Le nozioni di giusto e sbagliato, di giustizia e di ingiustizia qui non hanno luogo. Dove non c'è potere comune, non c'è legge e dove non c'è legge non c'è ingiustizia. La forza e la frode sono le due virtù cardinali in guerra. La giustizia e l'ingiustizia non sono facoltà né del corpo né della mente; se lo fossero, potrebbero esserlo in un uomo che fosse solo al mondo, così come i suoi sensi e le sue passioni. Sono qualità che attengono agli uomini in società, non in solitudine. Dalla stessa condizione consegue anche che non ci sono proprietà, né dominio, né mio e tuo distinti, ma soltanto che ogni uomo ha quello che può ottenere per tutto il tempo che può tenerlo».

⁶² Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XIV. Pag. 124.

⁶³ Ermanno Pavesi, *Thomas Hobbes, teorico dell'assolutismo*, in *Cultura ed Identità*, 2010, pag. 55.

condizione chiamata guerra e questa guerra è tale che ogni uomo è contro ogni uomo». ⁶⁴ Ma questo istinto naturale non è, date le circostanze, contrario alla ragione perché non è contrario alla ragione far di tutto per sopravvivere. E poiché il diritto in generale è appunto «la libertà che ciascuno ha di usare delle facoltà naturali secondo la retta ragione» così l'istinto che porta ciascun uomo a far tutto ciò che è in suo potere per difendersi e prevalere sugli altri può ben chiamarsi diritto, finché l'uomo, obbedendo alla stessa ragione, non abbia trovato altro strumento più efficace e più comodo per la propria sopravvivenza. ⁶⁵

Gli uomini, quindi, si rendono conto che nella condizione di guerra di tutti contro tutti avrebbero la possibilità di soddisfare le proprie esigenze, senza limiti e senza dover rispettare delle leggi, ma d'altra parte dovrebbero temere sempre la forza e la frode degli altri. ⁶⁶ Questa condizione di guerra universale unita alla sensazione di insicurezza, non può tuttavia realizzarsi e stabilizzarsi in modo totale, pena il collasso totale del genere umano. ⁶⁷ In ogni caso, la semplice

⁶⁴ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, pp. 121-122.

⁶⁵ Nicola Abbagnano – Giovanni Fornero, *Fare Filosofia*, Paravia, Milano, 2000, pag. 103.

⁶⁶ Ermanno Pavesi, *Thomas Hobbes, teorico dell'assolutismo*, in *Cultura ed Identità*, 2010, pag. 54.

⁶⁷ Se ne possono trovare esempi in alcune società odierne in cui guerre civili, colpi di stato o semplici episodi di cronaca nera, contribuiscono ad accrescere quel clima di insicurezza fra gli uomini portando, di fatto, ad un senso di insicurezza generale ma, allo stesso tempo, ad un bisogno di autodifesa.

minaccia potenziale dello stato di guerra impedisce ogni attività⁶⁸ e pone l'uomo al livello di un animale solitario abbruttito dal timore e incapace di disporre del suo tempo. Se l'uomo fosse privo di ragione, la condizione di guerra totale sarebbe insormontabile e l'abbruttimento o la distruzione della sua specie sarebbero il principio e la fine della sua storia. Ma la ragione umana è la capacità di prevedere e provvedere, mediante un calcolo accorto, ai bisogni e alle esigenze dell'uomo. È la ragione naturale, quindi, che suggerisce all'uomo la norma o il principio generale da cui discendono le leggi naturali del vivere civile, proibendo a ciascun uomo di fare ciò che reca la distruzione della vita o gli toglie i mezzi di evitarla e di omettere ciò che serve a conservarla meglio.⁶⁹

Per Hobbes, come per Grozio e per tutto il giusnaturalismo moderno, la legge naturale è un prodotto della ragione umana, ma finita o condizionata dalle circostanze in cui opera, una tecnica calcolatrice capace di prevedere le circostanze future e di operare in vista di esse le scelte future. Inoltre, le norme fondamentali della legge naturale sono dirette, secondo Hobbes, a sottrarre l'uomo al gioco spontaneo e autodistruttivo degli istinti e a imporgli una disciplina che gli procuri una sicurezza e la possibilità di dedicarsi alle attività che rendono agevole la vita. Di conseguenza, la prima norma della legge

⁶⁸ Hobbes afferma che la sensazione di insicurezza insita nello stato di natura blocca ogni attività industriale o commerciale, l'agricoltura, la navigazione, la costruzione di case e in generale l'arte e la scienza. Tale concezione è espressa in tal modo dal filosofo inglese nel capitolo XIII, *Della condizione naturale dell'umanità per quanto concerne la sua felicità e la sua miseria*: «perciò tutto ciò che è conseguente al tempo di guerra in cui ogni uomo è nemico ad ogni uomo, è anche conseguente al tempo in cui gli uomini vivono senz'altra sicurezza di quella che la propria forza e la propria inventiva potrà fornire loro. In tale condizione non c'è posto per l'industria, perché il frutto di essa è incerto, e per conseguenza non v'è cultura della terra, né navigazione, né uso dei prodotti che si possono importare per mare, né comodi edifici, né macchine per muovere e trasportare cose che richiedono molta forza, né conoscenza della faccia della terra, né calcolo del tempo, né arti, né lettere, né società, e, quel che è peggio di tutto, v'è continuo timore e pericolo di morte violenta, e la vita dell'uomo è solitaria, misera, sgradevole, brutale e breve».

⁶⁹ Nicola Abbagnano – Giovanni Fornero, *Fare Filosofia*, Paravia, Milano, 2000, pag. 104.

naturale, dalla quale discendono tutte le altre, afferma: «cercare e conseguire la pace in quanto si ha la speranza di ottenerla; e, quando non si può ottenerla, cercare e usare a tutti i costi gli ausili e i vantaggi della guerra».⁷⁰ La prima parte di questa regola contiene la prima e fondamentale legge di natura che si identifica nel cercare la pace e conseguirla; la seconda parte contiene la somma del diritto di natura, ovvero il difendersi con tutti i mezzi possibili. Da questa legge fondamentale derivano le altre, di cui la prima è: «l'uomo spontaneamente, quando anche gli altri lo facciano e per quanto lo giudicherà necessario alla pace e alla sua difesa, deve rinunciare al suo diritto su tutto e accontentarsi di avere tanta libertà rispetto agli altri quanta egli stesso ne riconosce agli altri rispetto a sé».⁷¹ Essa significa l'abbandono o il trasferimento del diritto illimitato su tutto e perciò consente di uscire dallo stato di natura, cioè dal *bellum omnium contra omnes* e implica che gli uomini stringano tra loro patti con i quali, appunto, rinuncino al loro diritto originario o lo trasferiscono a persone determinate.

Quindi, per Hobbes, l'atto fondamentale che segna il passaggio dallo stato di natura allo stato civile, dal *caos* ad un ente istituito e voluto dagli stessi uomini, dal *bellum omnium contra omnes* alla società civile, dall'essere *homo homini lupus* all'essere pacifici nei confronti di altri ma solo fino a quando gli altri non invadano la nostra libertà, è la stipulazione di un contratto.⁷² Dunque, da una situazione che rende insicura l'esistenza, gli uomini rinunciano alla loro libertà di fare quanto è necessario per assicurarsi la sopravvivenza e, si sottomettono all'autorità assoluta di un sovrano che, in mancanza di

⁷⁰ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Milano, 1993, cap. XIV, pag. 124.

⁷¹ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Milano, 1993, cap. XIV, pag. 125.

⁷² Hobbes definisce il contratto con il quale gli uomini creano lo Stato come «il mutuo trasferimento del diritto». Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Milano, 1993, cap. XIV, pag. 128.

un diritto naturale, ha la facoltà di decidere autonomamente le regole della convivenza, attribuendogli anche ogni potere, compreso quello di decidere della vita altrui, per far rispettare le leggi. Questo trasferimento è indispensabile affinché il contratto possa costituire una stabile difesa per tutti. Solo se ciascun uomo sottomette la sua volontà ad un unico uomo o ad una assemblea e si obbliga a non fare resistenza all'individuo o all'assemblea cui è sottomesso, si ha una stabile difesa della pace e dei patti di reciprocità in cui essa consiste.⁷³ Quando questo trasferimento sia effettuato si ha lo Stato o società civile, detto anche persona civile perché, conglobando la volontà di tutti, si può considerare una sola persona. Si può dunque affermare che lo stato è «l'unica persona la cui volontà, in virtù dei patti contratti reciprocamente da molti individui, si deve ritenere la volontà di tutti questi individui: onde può servirsi delle forze e degli averi dei singoli per la pace e per la difesa comune».⁷⁴ Colui che rappresenta questa persona è il sovrano e ha potere sovrano; ogni altro è suddito. «Questa – dice Hobbes – è l'origine di quel grande *Leviatano*, o, per usare maggior rispetto, di quel Dio mortale al quale, dopo il Dio immortale, dobbiamo pace e difesa. Infatti, per mezzo di questa autorità datagli da ogni particolare nello stato, è tanta la potenza e la forza che gli sono state conferite e di chi ha l'uso, che con il terrore di esse è in grado di informare la volontà di tutti alla pace interna e all'aiuto reciproco contro nemici esterni. In esso consiste l'essenza dello stato che è una persona dei cui atti ogni membro di una grande moltitudine, con patti reciproci, l'uno nei confronti dell'altro e viceversa, si è fatto autore, affinché esso possa

⁷³ Nicola Abbagnano – Giovanni Fornero, *Fare Filosofia*, Paravia, Milano, 2000, pag. 105.

⁷⁴ Thomas Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, Edizioni Internazionali Riuniti, Roma, 2005, cap. V, 9.

usare la forza e i mezzi di tutti, come penserà sia vantaggioso per la loro pace e comune difesa».⁷⁵

La teoria hobbesiana dello stato è ritenuta tipica dell'assolutismo politico; infatti egli insiste sulla irreversibilità e unilateralità del patto fondamentale e una volta costituito lo Stato i cittadini non possono dissolverlo negando ad esso il suo consenso: il diritto dello stato, difatti, nasce dai patti dei sudditi fra loro, non da un patto tra i sudditi e lo stato, che potrebbe essere revocato da parte dei primi. Inoltre, secondo Hobbes, il potere sovrano è indivisibile,⁷⁶ nel senso che non può essere distribuito tra poteri diversi che si limitano a vicenda e il giudizio su ciò che è bene e su ciò che è male appartiene allo stato, e non ai cittadini: giacché la regola che consente di distinguere tra bene e male, tra giusto ed ingiusto, è data dalla legge e non può essere affidata all'arbitrio dei cittadini. Se questo avvenisse, l'obbedienza allo stato sarebbe condizionata dalla varietà dei criteri individuali e lo stato si dissolverebbe.

Ma il tratto più caratteristico della filosofia politica di Hobbes è che non tutti i diritti vengono deposti nelle mani del sovrano, in quanto, non tutti sono alienabili. Infatti, il diritto alla vita non può essere in nessun modo abbandonato o trasferito mediante parole o altri segni.⁷⁷ «Così – afferma Hobbes – in primo luogo, un uomo non può deporre il diritto di resistere a coloro che lo assalgono con la forza per togliergli la vita, perché non si può intendere che miri con ciò ad un bene per se stesso. Lo stesso si può dire delle ferite, delle catene e della prigionia, sia perché non v'è beneficio a sopportare tali cose,

⁷⁵ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Milano, 1993, cap. XVII, pp. 167-168.

⁷⁶ Opera realizzata dalla Redazione Grandi Opere di UTET Cultura, *La Storia, il seicento: l'età dell'assolutismo*, UTET Cultura, Novara, 2007, pag. 289: entrare nel meccanismo del Leviatano significa riconoscere a ogni suo livello l'inesorabile necessità, che sin dall'origine ha indotto gli uomini a cercare in una ragione oggettiva l'antidoto alle passioni: riconoscere cioè la cogenza incondizionata delle leggi.

⁷⁷ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XIV, pag. 127.

come ve n'è a sopportare che un altro sia ferito o imprigionato, sia perché un uomo non può dire, quando vede che degli uomini procedono contro di lui con violenza, se hanno l'intenzione di ucciderlo o no».⁷⁸

La causa finale dello stato per la quale è stato fondato dagli individui, quindi, è la previsione di ottenere la preservazione della loro vita e la propria sicurezza, vale a dire, di uscire da quella miserabile condizione di guerra, che è necessariamente conseguente alla passioni naturali degli uomini. Ma, allo stesso tempo, tale stato, incarna un potere visibile e, attraverso il timore della punizione, tiene in soggezione ogni essere umano per poi legarli all'adempimento dei loro patti e all'osservanza delle leggi. Infatti, secondo Hobbes, le leggi in sé stesse, senza il terrore di qualche potere che le faccia osservare «sono contrarie alle nostre passioni naturali che ci spingono alla parzialità, all'orgoglio, alla vendetta e simili. I patti senza la spada sono solo parole e non hanno la forza di assicurare affatto un uomo. Perciò nonostante le leggi di natura (alle quali ognuno si attiene quando ha la volontà di attenersi e può farlo senza pericolo) se non è eretto un potere o se non è abbastanza grande per la nostra sicurezza, ogni uomo vuole e può contare legittimamente sulla propria forza e sulla propria arte per garantirsi contro tutti gli altri uomini».⁷⁹ E la previsione continua e durevole di una punizione fa sì che gli uomini vengano distratti dal commettere azioni che possano pregiudicare il raggiungimento del bene comune. Afferma Hobbes: «l'ignoranza della penalità, nel caso in cui la legge sia dichiarata, non scusa alcun uomo. Infatti nell'infrangere la legge, la quale senza una timore di una penalità conseguente, non sarebbe stata una legge, ma una parola vana, ci si sottopone alla penalità,

⁷⁸ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XIV, pp. 127-128.

⁷⁹ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XVII, pag. 163.

anche se non si sa quale essa sia, perché chiunque compie volontariamente un'azione qualsiasi, ne accetta tutte le conseguenze, ma in ogni stato la punizione è una conseguenza della violazione della legge».⁸⁰ Ma come il sovrano ha il dovere di garantire protezione dei propri sudditi dall'aggressione di nemici esterni e di punire coloro che all'interno della comunità politica non dimostrano obbedienza al sovrano, allo stesso tempo non può comandare ad un uomo di non difendersi da chi lo assale qualora la legge non possa arrivare abbastanza in tempo per difenderlo: nessun uomo, infatti, al momento della creazione di uno stato, ha rinunciato alla difesa della sua vita. In tal senso Hobbes sostiene che, nonostante la creazione di uno stato al fine di garantire quella sicurezza e protezione che nello stato di natura non era possibile avere, ogni uomo può ferire a morte colui che lo assale, la cui uccisione non costituisce un crimine perché il diritto alla vita esula tra quei diritti che gli uomini possono trasferire al proprio sovrano nel momento della costituzione della società civile.⁸¹ Questa concezione risulta essere dimostrata dal filosofo inglese immediatamente dopo la definizione che egli dà della punizione: «una punizione è un male inflitto dall'autorità pubblica a colui che ha fatto od omesso ciò che la stessa autorità giuridica giudica essere una trasgressione della legge, al fine di poter meglio disporre con ciò la volontà degli uomini all'obbedienza. Infatti, si suppone che nessun uomo sia vincolato per un patto a non resistere alla violenza, e per conseguenza non si può intendere che egli abbia dato ad altri un diritto qualunque di porre con violenza le mani sulla sua persona».⁸² Quando si forma uno stato, ogni uomo cede il diritto di difendere un altro, ma non di difendere se stesso: il diritto di

⁸⁰ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XVII, pag. 288.

⁸¹ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XXVII, pp. 293-294.

⁸² Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XXVIII, pag. 305.

autoconservazione rimane integro anche all'interno dello stato civile e si viene a creare una situazione analoga a quella presente nello stato di natura: ogni uomo, come nello stato di natura, all'interno della comunità può fare tutto ciò che pensa possa essere necessario alla sua conservazione e, quindi, sottomettere qualunque uomo, ferirlo o comminargli la morte come pena. Non è fuori luogo, a tal proposito, le distinzioni delle punizioni che possono essere comminate all'interno dello stato, sia dal sovrano, qualora quel fatto criminoso trovi collocazione nella relativa fattispecie incriminatrice, sia dagli stessi sudditi nei confronti dei loro simili in tutte le altre ipotesi non regolate espressamente dalla legge dello stato.

Per Hobbes le punizioni si distinguono tra punizioni divine e punizioni umane le quali a loro volta possono essere distinte in corporali e pecuniarie. Ai fini della nostra trattazione, possiamo limitarci alla descrizione delle punizioni corporali: esse sono inflitte direttamente sul corpo e secondo l'intenzione che la infligge. Tali sono le sferzate o le ferite o la privazione di quei piaceri del corpo che, prima della commissione del crimine, l'uomo poteva godere legittimamente. Di queste, sostiene Hobbes, «alcune sono capitali, altre meno capitali. Capitale è l'inflizione della morte, semplicemente o con tormenti; meno che capitali sono le sferzate, le ferite, le catene e qualunque altra pena corporale che non sia per sua natura mortale. Infatti, se all'inflizione di una punizione, segue una morte che non era intenzione infliggere, la punizione non deve essere chiamata capitale anche se il danno si rivela mortale per un accidente imprevisto».⁸³ Inoltre, nel testo de *Il Leviatano*, viene stabilito lo scopo delle pene che potenzialmente possono essere comminate: il fine della pena non è la vendetta – quindi Hobbes rifiuta la concezione retributiva della pena – ma il timore o il terrore che possa

⁸³ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. XXVIII, pag. 309.

essere comminata una punizione.⁸⁴ Dunque, possiamo affermare che Hobbes fu uno dei principali sostenitori della teoria preventiva della pena.

Non dobbiamo, comunque, dimenticare che il fondamento e la ragion d'essere dell'artificio statale e del patto di convivenza è proprio la tutela della vita. Ricordiamo la prima pagina del *Leviatano*, dove si parla dell'«arte», ossia dell'artificio con cui «viene creato quell'enorme Leviatano, chiamato comunità politica o stato (in latino *civitas*), il quale non è altro che un uomo artificiale, sebbene di statura e forza maggiore di quello naturale, per difendere e proteggere il quale è stato creato».⁸⁵

È per la tutela degli uomini naturali in carne ed ossa, e quindi del loro diritto naturale alla vita, che l'artificio è stato da essi costruito. Ma, dato che questo contratto o patto di convivenza non è un vuoto accordo, privo di contenuti, ma ha per oggetto clausole obbligatorie come la tutela della vita, la violazione di quest'ultima è causa di rottura del patto, cioè della risoluzione del contratto e perciò della regressione allo stato selvaggio della guerra.

Ma dato che i patti devono essere rispettati una volta costituito lo stato, che cosa può succedere se il primo a non rispettare la vita altrui è proprio lo Stato? È vero, come abbiamo visto, lo stato non può obbligare il proprio suddito a non difendersi da attacchi esterni, ma se l'attacco alla vita provenisse da colui che doveva garantire pace, sicurezza e protezione – ovvero lo Stato – il suddito può resistergli oppure deve rimanere inerme e lasciarsi, di conseguenza, neutralizzare? Ebbene, proprio perché la vita è l'unico diritto a non essere trasferito nelle mani del detentore del potere, si può affermare che ogni uomo può resistere e ribellarsi al proprio sovrano

⁸⁴ «Lo scopo della punizione non è una vendetta, ma il terrore di una grande punizione». Thomas Hobbes, *Il Leviatano, Delle punizioni e delle ricompense*, cap. XXXVIII, pag. 307.

⁸⁵ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, pag. 3.

ogniquale volta quest'ultimo abbia l'intenzione di dare la morte. Lo stato diviene così inadempiente ai propri doveri e il primo trasgressore del contratto sociale tanto da infondere insicurezza, paura e timore della morte. La possibilità di resistere e di ribellarsi unite alla previsione di dare la morte come pena, non sono altro che generatori che alimentano la presenza, all'interno della comunità sociale, di uno stato di guerra fatto di continui scontri. Previsione della morte come pena inflitta dal sovrano per la mancata obbedienza ai dettami della legge e guerra sono la stessa cosa: equivalgono entrambe alla negazione della vita e perciò della rottura del patto sociale di convivenza pacifica. Rappresentano, entrambe, un residuo o un ritorno allo stato di natura, e si rivolgono perciò in altrettante negazioni del diritto, di cui contraddicono il fondamento assiologico e costitutivo.⁸⁶

Come abbiamo potuto notare, proprio in Hobbes vi è il paradosso di poter sfociare tanto in una teoria dei diritti naturali quanto in un rigoroso positivismo giuridico con i caratteri del legalismo, del convenzionalismo etico e dell'utilitarismo, cioè nel rifiuto del diritto di natura come sfera normativa superiore e autonoma.⁸⁷

Nel pensiero filosofico-politico di Thomas Hobbes (1588-1679) si può cogliere l'ambivalenza dello statuto dello scrittore politico in una fase di transizione: il suo rimase sempre l'osservatorio di un privato, ma i suoi scritti, come *Il Leviatano*, allo stesso tempo, recano tutti l'impronta della missione pubblica in cui si sente impegnato lo scienziato moderno. Il suo esilio volontario in una Europa devastata dalla guerra dei Trent'anni (1618-1648), permise, difatti, al filosofo inglese di osservare l'Inghilterra, flagellata dalla prima rivoluzione inglese (1642-1651), con il rigore di uno scienziato meccanicista,

⁸⁶ Luigi Ferrajoli, *Il fondamento del rifiuto della pena capitale*, in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 62.

convinto dell'unità dei processi logici in tutti i settori di indagine naturale, e con la passione ideologica di un osservatore tutt'altro che neutrale della guerra civile inglese.⁸⁸ Ed il rivolgimento degli assetti politici e sociali, non solo in Inghilterra ma anche nel continente, pose ad Hobbes il problema della ricerca di una pace duratura e della natura del potere.⁸⁹

2.3 IL FONDAMENTO FILOSOFICO DELLA PENA DI MORTE NEL PENSIERO DI JOHN LOCKE

La presenza di Locke circa la pena capitale non è certo occasionale in quanto, ragionando di filosofia o di teoria politica, ai nostri giorni non è affatto inconsueto imbattersi in riferimenti o allusioni a questo autore.

Come ha rilevato G. Fiaschi⁹⁰, la figura di Locke risulta di fondamentale importanza in quanto dal suo pensiero si possono evincere modi diversi di interpretare la modernità. Infatti, in seguito alla prima rivoluzione inglese, il pensiero di Locke sembra proporre una versione più conciliante dell'individualismo moderno, esente dal radicalismo che faceva di Hobbes un opposto corrispondente.

La teoria individualistica di Locke sembra cioè più disponibile ad integrarsi con il sentire comune, pur senza respingere le scelte della nascente modernità. Tuttavia, tale presa di posizione alquanto moderata, pur imposta dalla nuova stagione politica, viene ad assumere una posizione aleatoria: il pensiero di Locke può risultare infatti suscettibile di ambiguità, in quanto verrebbe a porre un limite

⁸⁷ Opera realizzata dalla Redazione Grandi Opere UTET Cultura, *La Storia, il seicento: l'età dell'assolutismo*, UTET Cultura, Novara, 2007, pag. 286.

⁸⁸ Opera realizzata dalla Redazione Grandi Opere UTET Cultura, *La Storia, il seicento: l'età dell'assolutismo*, UTET Cultura, Novara, 2007, pag. 287.

⁸⁹ Nicola Abbagnano – Giovanni Fornero, *Fare Filosofia*, Paravia, Milano, 2000, pag. 108.

⁹⁰ "Locke o dell'ambiguità di un moderno" / di G. Fiaschi. // IN: *"La filosofia politica di Locke"* / a cura di Giulio M. Chiodi, Roberto Gatti (2005). – p. 33-62.

da cui non sembra possibile svincolarsi. Infatti se consideriamo l'Inghilterra del Settecento di Locke, possiamo notare che tale Nazione rappresenta la culla della modernità. Quasi tutto è cambiato, eppure un'immagine, ormai consolidata, del criminale e della legittimità della sua eliminazione resistono ai mutamenti e vengono riformulate all'interno del nuovo universo culturale.⁹¹ Ogni essere umano, per il teorico inglese, è il titolare, per natura, di diritti fondamentali quali la vita, la libertà, la proprietà. Il criminale, però, con il suo comportamento antisociale, «dichiara lui stesso di abbandonare i principi della natura umana. Cessa di essere uomo e dichiara guerra all'intero genere umano; e perciò merita e può essere distrutto come un leone o una tigre, cioè come una di quelle bestie feroci con cui gli uomini non possono avere società o garanzia».⁹² Il criminale, con il suo atto, si pone per scelta fuori dal consorzio umano. È questa l'immagine che continua a circolare nel discorso pubblico, nella pubblicistica di basso cabotaggio così come in molti grandi testi dell'Europa moderna; è una immagine che si impone tanto più facilmente quanto più forte è il senso dell'unità del corpo sociale.⁹³

La nostra mente ritorna su una metafora singolarmente longeva, che l'avvento della modernità non basta a consegnare al passato remoto: la metafora dell'organo malato e della sua amputazione chirurgica. L'arto malato deve essere reciso, pena la morte dell'intero

⁹¹ Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 16.

⁹² John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. II, par.11, pag. 75.

⁹³ Una simile concezione è presente anche nel pensiero filosofico-politico di Johann Gottlieb Fichte, il quale esprime con fermezza e chiarezza questo principio. Egli afferma nella sua celebre opera *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza (1797)*, Laterza, Roma, 1994 pag. 227: «l'atto criminale è la rottura di quel contratto sociale che fa dei soggetti un corpo politico unitario. Trasgredendo ai principi fondamentali della convivenza, il reo perde tutti i propri diritti come cittadino e come uomo». Il criminale diventa bandito: un soggetto privato dei suoi diritti, tanto da essere considerato «cosa, capo di bestiame».

organismo. Il grande criminale, il responsabile di gravi ed imperdonabili trasgressioni, è il membro infetto del corpo sociale, una minaccia vivente per la sua integrità, e deve quindi essere eliminato.⁹⁴

L'antica metafora continua a mostrarsi viva e vitale e a trasmettere, nei più diversi contesti, il medesimo messaggio: il primato del tutto sulla parte, del corpo sociale sui suoi membri; la degradazione del criminale da essere umano a essere dis-umano o sub-umano; l'esigenza della sua eliminazione, presentata come essenziale per la conservazione della società.⁹⁵

Infatti, ai fini della nostra indagine, l'aspetto centrale della filosofia-politica di Locke riguarda la pena di morte. Egli ammette che essa è giustificata e che possa essere comminata, specialmente in caso di omicidio, dal momento che gli uomini hanno il dovere e il diritto di preservare l'umanità, e inoltre perché la perdita e i danni causati sono irreparabili. Egli, fin dal primo capitolo de il *Secondo trattato sul governo*, quasi a voler mettere subito in chiaro la supremazia del potere politico, definisce quest'ultimo come il «diritto di fare leggi che contemplino la pena di morte e di conseguenza tutte le pene minori, in vista di una regolamentazione e conservazione della

⁹⁴ A dimostrazione dell'impossibilità di lasciarsi alle spalle tale metafora, questa concezione è stata sostenuta anche da uno dei più importanti padri della Chiesa: San Tommaso d'Acquino. Il teologo medievale, infatti, esprimeva questo pensiero nella sua principale opera *Summa theologiae*, Edizioni Paulinae, Roma, 1962 cap. II, articolo 2, affermando che «ogni individuo è parte di un tutto e quindi se un individuo è, nei confronti della comunità pericoloso e corrotto, se mette a rischio la salute del corpo è un merito e una misura sanitaria ucciderlo, per preservare il bene comune».

⁹⁵ La rappresentazione del criminale degradato a un essere non-umano e quindi considerato come un elemento nocivo da eliminare è stata sostenuta da uno dei più importanti esponenti della Scuola Positiva di fine Ottocento: Raffaele Garofalo. Il giurista italiano affermava che «se il criminale è un delinquente nato, la pena serve non tanto alla prevenzione dei reati futuri, quanto alla neutralizzazione del criminale e, in ultima istanza, alla sua eliminazione. Il grande malfattore che lede gli interessi fondamentali dell'aggregato deve essere escluso dalla società perché il suo adattamento alle condizioni dell'ambiente si è rivelato incompleto e impossibile e la pena più consona è dunque la pena di morte». *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Bocca, Torino, 1900, pag. 241.

proprietà, e il diritto di impiegare la forza della comunità nell'esecuzione di tali leggi e nella difesa dello stato da attacchi esterni: tutto questo soltanto ai fini del pubblico bene».⁹⁶

Locke sostiene che le punizioni che hanno corso nella società civile possono essere inflitte legittimamente nello stato naturale: di fatto, che le leggi e le punizioni che hanno corso nella società civile sono legittime solo nella misura in cui sono basate sulla legge e sui gradi di punizione che governano lo stato naturale. A tal proposito, l'autore afferma: «per lo stesso motivo nello stato di natura un uomo può punire le infrazioni minori di quella legge. Forse si domanderà: con la morte? Rispondo: ogni trasgressione potrà essere punita in misura tale, e con così tanta severità, da essere sufficiente a renderla un cattivo affare per il trasgressore, dargli motivo di pentirsi e dissuadere gli altri nell'intento di fare altrettanto. Ogni offesa che può essere commessa nello stato di natura può, nello stato di natura, essere punita allo stesso modo e nella stessa misura che in uno Stato».⁹⁷

Locke si chiede poi se la pena capitale possa essere inflitta per altri gravi crimini. Sulla base della concezione compensativa, egli riconosce la sua doverosità e legittimità ogni qual volta l'atrocità del crimine la richieda e meriti.⁹⁸ Egli ammette anche che un uomo può legittimamente uccidere un aggressore che gli usi violenza nel

⁹⁶ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. I, par. 3, pag. 63.

⁹⁷ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. II, par. 12, pag. 75.

⁹⁸ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. VII, par. 87, pag. 173: «l'uomo in quanto nasce, come si è dimostrato, con titolo alla perfetta libertà e al godimento illimitato di tutti i diritti e privilegi della legge di natura, alla pari di qualsiasi altro uomo o gruppo di uomini al mondo, ha per natura il potere non solo di conservare la sua proprietà – cioè la vita, la libertà e i beni – contro le offese e gli attentati degli altri uomini, ma anche di giudicare e punire le violazioni altrui a quella legge, secondo quanto egli ritenta l'offesa meriti, perfino con la morte nel caso di crimini la cui atrocità, a suo parere, lo richieda».

tentativo di derubarlo, quando la vittima non abbia tempo per appellarsi alla legge in una contesa che può costargli la vita.⁹⁹

Inoltre, i motivi che determinano la severità della punizione in riferimento alle infrazioni della legge naturale sono più o meno gli stessi che determinano la pena per l'omicidio: il diritto che ciascuno ha di preservare il resto dell'umanità e, quel grado di retribuzione che è sufficiente a fare di ogni crimine «un cattivo affare per l'offensore, dargli motivo di pentirsi e di distogliere gli altri da fare lo stesso».¹⁰⁰ Ma, se uno degli scopi della punizione di un crimine è di far provare un rimorso al suo autore, la pena di morte dovrebbe essere esclusa fin dall'inizio. D'altra parte, il fatto che Locke qui non specifichi che da parte di un criminale si deve esigere che provveda ad un adeguato risarcimento come parte della sua pena, potrebbe indicare che egli non esclude la possibilità della pena capitale in riferimento a crimini diversi dall'omicidio. Dal momento che egli non indica mai la concezione riformativa, che per definizione esclude la pena di morte, abbiamo un ulteriore motivo per affermare che il filosofo inglese sostenga l'estremo supplizio anche in riferimento a delitti inferiori all'omicidio.

Per comprendere le ragioni che portano Locke ad attribuire al potere politico il dovere ed il diritto di comminare le pene, ed in special modo la pena capitale, dobbiamo far partire la nostra indagine da una

⁹⁹ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, cap. III, par. 19, pp.85-87: «così ad un ladro che mi ha derubato di tutto ciò che possiedo, non posso arrecare danno se non ricorrendo alla legge, ma posso ucciderlo se mi assale per rubarmi il cavallo o il mantello. Giacché se la legge, che fu fatta al fine della mia conservazione, non può intervenire per garantire la mia vita che una volta perduta non è suscettibile di riparazione, nel momento in cui la forza viene usata contro di me mi è permessa l'autodifesa e il diritto alla guerra, è cioè la libertà di uccidere l'aggressore, perché questi non mi concede il tempo di appellarmi per un rimedio né al nostro giudice, né alla risoluzione della legge, laddove il danno può essere irreparabile».

¹⁰⁰ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. II, pag. 75: «ogni trasgressione potrà essere punita in misura tale, e con così tanta severità, da essere sufficiente a renderla un cattivo affare per il trasgressore, dargli motivo di pentirsi e dissuadere gli altri nell'intento di fare altrettanto».

tradizionale categoria dialettica tipica dei contrattualisti: lo stato di natura. Egli, parte con le tre seguenti asserzioni: 1) – la legge di natura è una legge che governa lo stato di natura, ma la sua forza vincolante è così fondamentale che i suoi precetti sono validi anche nelle condizioni diversamente alterate dello stato civile. In altre parole, le obbligazioni di questa legge non cessano con la creazione della società civile; 2) – le leggi civili sono giuste solo nella misura in cui sono fondate sulla legge morale di natura designata a regolarle ed interpretarle; 3) – dal momento che uno dei dettami della legge di natura è quello di preservare la vita e la libertà umane, ne segue anche che, oltre alla stessa legge naturale, i diritti naturali alla vita e alla libertà dovrebbero porre limiti al diritto di punire dello stato.¹⁰¹ Infatti la legge naturale, prodotto del diritto naturale, consiste non solo di regole, ma di una quantità di privilegi individuali. Quindi il senso in cui la legge naturale pone vincoli al governo è che i diritti umani hanno, o perlomeno dovrebbero avere, la precedenza sull'autorità del potere politico.¹⁰²

Il significato di queste tre asserzioni è non solo che lo stato civile dipende da quello naturale, ma che la condizione di natura implica una quantità di diritti e doveri che sono validi a prescindere dal fatto che ad essa succeda o meno uno stato civile. Un particolare esempio in tal senso riguarda le norme che regolano l'origine e la distribuzione della proprietà che per lui costituisce un diritto naturale e presociale. Infatti, secondo il filosofo inglese, gli uomini nello stato di natura, essendo uno stato di perfetta libertà di regolare la proprie azioni e di disporre dei propri beni come meglio credono, sono liberi di possedere proprietà, senza nessun precedente contratto fra di loro che determini l'origine di esse o la loro estensione. Tuttavia, dal

¹⁰¹ Wolfgang Vin Leyden, *Hobbes e Locke: libertà ed obbligazione politica*. Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 146-147.

¹⁰² Wolfgang Von Leyden, *Hobbes e Locke: libertà ed obbligazione politica*, Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 146-147.

momento che a suo parere il diritto naturale e la legge naturale coincidono, egli considera l'acquisizione e l'uso della proprietà come sottoposti al controllo della legge di natura. Per via della sua convinzione secondo cui sia la libertà che l'ordine razionale stanno alla base della fondazione presociale della proprietà, egli parla dello stato di natura come di uno stato potenzialmente di pace.¹⁰³ Però, Locke, non esclude la possibilità che un uomo possa appropriarsi di qualcosa a patto e solo a patto che lasci ad altri una quantità sufficiente di questa comodità. Infatti, il significato di questo passo nell'acquisizione della proprietà è il seguente: un uomo può accumulare possedimenti quasi senza limite, purché scambi la sua proprietà con denaro prima che vada perduta e accumulare quanto denaro vuole come risultato del suo lavoro e della vendita dei suoi prodotti. Però così facendo, si viene a creare, come conseguenza dell'acquisizione della proprietà per mezzo del denaro, una distribuzione ineguale fra i possedimenti fra gli uomini:¹⁰⁴ tutto questo a dispetto della presunta condizione di pace ed uguaglianza degli uomini nello stato di natura, dell'accettazione del fatto che la terra fu data all'umanità in comune, dell'affermazione secondo cui la legge di natura ha posto dei limiti a ciò che ciascun uomo può possedere e della convinzione secondo cui originariamente non c'era ragione per gli uomini di disputare a proposito della proprietà. Così, i segni di speranza per una vita di pace, uguaglianza, benevolenza e riconoscimento reciproco, cadono uno ad uno, ogni qualvolta ognuno, o col denaro, o con la forza cerchi di ottenere ciò che la

¹⁰³ Questa condizione naturale in cui si trovano gli uomini risulta essere nettamente diversa da quella concepita da Thomas Hobbes, il teorico dello Stato assoluto. Infatti per Locke, la condizione naturale in cui si trova l'uomo non è caratterizzata dal *bellum omniun contra omnes*, cioè di una guerra di tutti contro tutti, ma da uno «stato di eguaglianza in cui potere ed autorità sono reciproci, non avendone nessuno più di un altro». John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. II, par.4 pag. 65.

¹⁰⁴ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. V, par. 48, pag. 125.

norma naturale vieterebbe di ottenere, cioè un controllo sulla libertà, sulla vita e sui beni degli altri. Dal momento che molti difetti nella condizione naturale possono dar luogo a pericoli, si può affermare che sia gli aspetti favorevole sia quelli sfavorevoli insiti nello stato di natura costituiscono il primo motivo per la fondazione dello Stato civile: essi preparano insieme la via e il bisogno della società politica. Tutto ciò per non ricadere in uno stato del *bellum omnium contra omnes* di stampo hobbesiano.

Secondo Locke ogni uomo nello stato di natura, oltre al diritto della proprietà privata, ha il diritto di punire gli altri per ciò che considera una trasgressione della legge di natura.¹⁰⁵ Il diritto di punire viene concepito come un mezzo per l'autoconservazione e dunque per soddisfare l'esigenza fondamentale della legge di natura. Secondo i principi del filosofo sarebbe impossibile rinunciare a questo diritto o trasferirlo ad altri. Tuttavia, come ha sottolineato Wolfgang Von Leyden¹⁰⁶ nella sua opera *Hobbes e Locke: la politica della libertà e le obbligazioni*, il diritto di punire presenta considerevoli inconvenienti che sono il motivo per cui agli uomini nello stato naturale si consiglia di cambiare la loro condizione per vivere in una società civile e trasferire il diritto di punire agli organi esecutivi di un governo civile.¹⁰⁷ Qui, come nel caso del diritto degli uomini alla

¹⁰⁵ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano 2004: «nello stato di natura un uomo può punire le infrazioni minori di quella legge».

¹⁰⁶ Wolfgang Marius Von Leyden, è stato uno dei maggiori studiosi del pensiero moderno inglese ed in particolare di John Locke e Thomas Hobbes. Si deve a questo autore la pubblicazione nel 1954 degli *Otto saggi* giovanili inediti di Locke sul diritto naturale, che posero, nell'ambiente filosofico internazionale degli anni Cinquanta, le basi per una fertile discussione, che dura tuttora sul diritto naturale. Wolfgang Von Leyden iniziò le sue ricerche su Locke nel 1942 a Oxford, al tempo in cui venne aperta per la prima volta agli studiosi la *Lovelace Collection*, dove erano conservati i manoscritti inediti del celebre filosofo seicentesco, comprese oltre 2.000 lettere. Dodici anni dopo, Von Leyden dette alle stampe l'edizione critica dei *Saggi sulla legge naturale*, accompagnata dalla trascrizione di tutte le annotazioni e le correzioni di Locke. Tra i suoi numerosi saggi spicca per importanza l'opera *Hobbes e Locke: la politica della libertà e le obbligazioni* tradotta in italiano dalle Edizioni Il Mulino.

¹⁰⁷ Wolfgang Von Leyden, *Hobbes e Locke: la politica della libertà e le obbligazioni*, Il Mulino, Milano, 1980, pag. 162.

proprietà, il passaggio alla società politica è necessario, a causa di determinati svantaggi connessi all'esercizio del diritto di un uomo, e possibile, poiché un reale potere da parte dei singoli individui e le premesse di vita prospera e giusta sono insite nella condizione naturale.¹⁰⁸ La dottrina secondo cui nel diritto naturale tutti hanno il potere esecutivo della legge di natura può così sia essere giustificata nel suo proprio contesto che criticata nei suoi più ampi aspetti. Pure, se la dottrina di Locke è accettata, la legge di natura può essere considerata una vera e propria legge; infatti, anche se le sue punizioni nello stato naturale siano quelle umane e tali che ogni individuo può applicarle, la sua osservanza in quello stato può in qualche misura essere imposta.¹⁰⁹

Tuttavia, l'aspetto centrale della dottrina della punizione di Locke solleva critiche, soprattutto perché – come egli non tarda a sottolineare – essa «sembrerà a qualcuno una dottrina assai strana».¹¹⁰ La stranezza della dottrina non sta nella sua novità, poiché ci furono esempi famosi di essa prima e durante la sua epoca, alcune dei quali debbono essergli stati molto noti. Un esempio a tal proposito può essere ripreso dal pensiero di Ugo Grozio. Secondo il fondatore del diritto naturale laico, ogni individuo ha il diritto di punire gli offensori, sebbene dopo la fondazione della società civile sia giudicato ragionevole trasferire questo diritto allo stato.¹¹¹

Allora, se la stranezza della dottrina di Locke non deriva da quanto detto, risulta essere tale se posta a contrasto con la dottrina di Thomas Hobbes.

¹⁰⁸ Wolfgang Von Leyden, *Hobbes e Locke: la politica delle libertà e le obbligazioni*, Il Mulino, Milano, 2004, pp. 162-163.

¹⁰⁹ Pertanto, secondo Wolfgang Von Leyden, la convinzione di vecchia data di Locke che «non si dà infatti alcuna legge, o si dà inutilmente senza una pena», trova una delle sue applicazioni nel contesto della sua teoria concernente le condizioni nello stato naturale.

¹¹⁰ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, cit., par. 9, p. 244; par. 13, p. 247: «non dubito che questa sembrerà ad alcuni una dottrina assai strana».

¹¹¹ Ugo Grozio, *De iure belli ac pacis*, CEDAM, Padova 2010, cap. 20, par. 3 e 7.

Il contrasto fra le due teorie risiede nella dichiarazione di Locke secondo cui ogni uomo nello stato naturale è giudice della legge di natura, mentre Hobbes sostiene che ciascuno in quello stato è giudice del proprio interesse personale e della fondatezza dei suoi timori.¹¹² Inoltre, mentre Locke può parlare del diritto di ciascuno di punire gli altri nello stato naturale, Hobbes ammette solo che in quello stato gli uomini hanno il diritto di sottomettere, di fare del male o di uccidere.¹¹³ Ne segue che la caratteristica distintiva del ragionamento di Hobbes è che la punizione può essere esercitata solo in un corpo politico, da un'autorità pubblica e in relazione ad una violazione di una legge civile. Infatti, nel *De Cive*¹¹⁴ il punire come si vuole è un diritto fondamentale del sovrano. Ora, proprio su questa base Locke può dimostrare che non la sua, ma la teoria della punizione di Hobbes è «strana», e questo per tre ragioni.

La prima è che, diversamente da Hobbes, egli può spiegare con quale diritto un forestiero può essere punito da magistrati civili per crimini che egli compie nel loro paese. L'unica autorità – egli sostiene – che un magistrato può avere sui cittadini di un altro paese deve risiedere nel potere che ogni uomo ha su di un altro per natura. Quindi, a meno che il potere esecutivo non sia posto nelle mani degli individui – come, secondo Locke, avviene nello stato di natura – nessun

¹¹² Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cit., cap. 14, pp. 124, 132, 134.

¹¹³ Thomas Hobbes, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993, cap. 28, pag. 306.

¹¹⁴ Thomas Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, Edizioni Internazionali Riuniti, Roma, 2005, cap. VI, par. 6.

magistrato civile può legittimamente infliggere una sofferenza o un danno ad un cittadino di un altro paese.¹¹⁵

La seconda ragione per cui la teoria della punizione lockiana è meno «strana» di quella di Hobbes è che, nella definizione della condizione naturale dell'uomo, egli può dar giustificazione del diritto individuale ad avere riparazione dei danni subiti da parte di un altro: Locke fissa due punti a questo proposito.

In primo luogo, egli distingue¹¹⁶ fra la violazione di una legge che rappresenta un crimine e richiede che il reo patisca una sanzione penale, e il semplice infliggimento dei danni, il quale, anche se costituisce una ingiustizia, non è un crimine ma un atto illecito (cioè un illecito privato nella condizione naturale e un illecito civile nella società politica) e che può essere adeguatamente soddisfatto da una compensazione di risarcimento. Ne segue che il reclamo per esigere un risarcimento non ha niente a che fare con la richiesta di una punizione, né può essere confuso con il diritto di punire, poiché, secondo Locke, un uomo che danneggia un altro non diventa per ciò stesso un «degenerato» o va contro i «principi della natura umana».¹¹⁷ Dunque, a meno che l'offesa non sia la conseguenza di un crimine – nel qual caso una persona offesa nello stato di natura ha il diritto e il dovere di punire per ottenere un risarcimento – tutto ciò che può essere richiesto a un uomo che ha danneggiato qualcuno è risarcire il danno alla persona offesa.

¹¹⁵ Locke, dopo aver fatto presente che la sua dottrina può risultare strana, tiene a chiarire in base a quale diritto un sovrano o uno Stato possono mandare a morte o punire uno straniero per un reato che questi ha commesso nel proprio paese. Afferma il filosofo inglese: «è certo che le loro leggi (queste si riferiscono a quelle promulgate dal sovrano o da uno Stato che si trova a dover giudicare uno straniero per un reato che ha commesso nel suo paese), non riguardano uno straniero: non si rivolgono a lui, e se lo facessero non sarebbe tenuto a darvi ascolto». Con questa affermazione, Locke vuole affermare che le leggi sono vincolanti solo per i sudditi dello Stato civile di appartenenza e, di conseguenza, nessun magistrato civile può punire un cittadino di un altro stato.

¹¹⁶ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, par. 10, pag. 73.

¹¹⁷ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cit., par. 128, p. 342; par. 10, p. 245.

In secondo luogo, come Locke sottolinea, l'unica persona abilitata a richiedere il risarcimento è ancora la parte offesa, e il diritto implicato è «un diritto particolare».¹¹⁸ Se si accetta questo, si può concludere che, mentre il comune diritto di punire può essere trasferito ad un'autorità civile e la punizione condonata da quell'autorità, il diritto a richiedere soddisfazione per i danni – che appartiene solo ai singoli individui – non può mai essere, in maniera analoga, trasferito, e quindi il risarcimento non può mai essere condonato, tranne che da coloro che hanno sofferto i danni. Ciò che Locke intenderebbe dire in difesa della sua distinzione fra il diritto di punire e il diritto di ottenere un risarcimento è che il primo – il diritto di punire – è basato sul diritto alla conservazione di tutta l'umanità per la quale ragione è meglio che sia trasferito a un'autorità pubblica fondata sul potere, mentre il secondo – il diritto di ottenere un risarcimento – si fonda sul diritto dell'autoconservazione per la quale ragione l'offeso ha il diritto di chiedere un risarcimento in proprio nome.¹¹⁹

Quest'ultimo aspetto allora è un ulteriore vantaggio della teoria di Locke nel confronto con quella di Hobbes: nel contesto delle sue riflessioni relative allo stato di natura egli può dare giustificazione di un diritto singolo, individuale ad esigere un risarcimento per le offese, tale da produrre uno schema per un diritto simile nella società civile. Inoltre la sua dottrina della legge naturale gli offre una licenza che lo abilita a concludere che le norme dell'equità e la preservazione degli innocenti costituiscono motivi sufficienti per richiedere legittimamente soddisfazione ad un reo per un'offesa o perdita che egli abbia causato.¹²⁰

¹¹⁸ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, par. 10, pag. 245; par. 11, pp. 245-246.

¹¹⁹ Wolfgang Von Leyden, *Hobbes e Locke: la politica delle libertà e le obbligazioni*, Il Mulino, Milano, 1980, pp. 165-166.

¹²⁰ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, par. 8, pag. 71.

Il diritto di ottenere risarcimento figura più d'una volta nella concezione filosofico-politico di Locke. Ma, allo stesso tempo, il teorico dello Stato liberale tiene ad affermare che nessun risarcimento può costituire riparazione per la perdita della vita in quanto egli considera l'omicidio come un crimine esecrabile tale da esigere legittimamente la pena di morte sia nello stato di natura che in quello civile.¹²¹ E tutto questo non deve essere diretto ad altro fine che la pace, la sicurezza e il pubblico bene del popolo.

La terza ragione in base alla quale la «strana» dottrina lockiana non è del tutto strana e, inoltre, può essere paragonata vantaggiosamente con la teoria della punizione di Hobbes è che quando si parla di punizione e di giudicare le trasgressioni della gente non si vorrebbe attribuire questi compiti ad un singolo, e certamente non a tutti, ma solo a persone scelte per la loro idoneità, affidabilità ed imparzialità. Nella sfera giuridica queste problematiche sono istituzionalmente affrontati da esperti in legge. Se si dovesse lasciare le questioni giudiziali e penali a tutti anziché ai magistrati, ai genitori, o agli insegnanti, si sarebbe ingiusti ed irresponsabili. Come dice Locke, non solo si sarebbe giudicati «irragionevoli», ma si provocherebbe «condanna».¹²² Le sue ragioni di obiezione alla nozione secondo cui ogni uomo dovrebbe essere l'arbitro ultimo in tutte le faccende relative alla punizione di trasgressori è che l'amor proprio lo renderebbe parziale nei confronti dei suoi amici, mentre l'ostilità gli sarebbe di pregiudizio contro i suoi nemici.¹²³ In queste condizioni non avrebbe mai luogo una vera punizione, ma solo indulgenza o vendetta.¹²⁴ A questo va aggiunto che, essendo spesso gli uomini

¹²¹ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, par. 11, pag. 75.

¹²² John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, par. 3, pag. 244; par. 13, pag. 247.

¹²³ Wolfgang Von Leyden, *Hobbes e Locke: la politica delle libertà e le obbligazioni*, Il Mulino, Milano, 1980, pag. 168.

¹²⁴ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, par. 13, pag. 247;

inesperti o troppo indifferenti a riguardo della giustizia del caso, essi possono dichiarare l'innocente colpevole e punire il colpevole o troppo lievemente o troppo severamente. È del tutto ovvio allora che, questo potere che ogni uomo ha di punire le trasgressioni di altri porta ad «inconvenienti».¹²⁵ Infatti, afferma Locke: «a questa strana dottrina, vale a dire che nello stato di natura ognuno ha il potere esecutivo della legge di natura, non dubito si obietterà che è irragionevole per gli uomini essere giudici della propria causa; che l'amore di sé renderà gli uomini parziali nei confronti di se stessi e dei propri amici; che d'altra parte l'indole cattiva, la passione, lo spirito di vendetta li porterà ad esagerare nel punire gli altri; che quindi non ne seguirà che confusione e disordine; e che appunto per questo Dio ha affidato al governo il compito di reprimere la parzialità e la violenza degli uomini. Concedo facilmente che il governo civile sia il rimedio adatto agli inconvenienti allo stato di natura, che debbano certamente essere gravi qualora gli uomini possono essere giudici nella propria causa, giacché è facile immaginare che chi sia stato così tanto ingiusto da recare offesa al proprio fratello, non sarà così giusto da condannarsi a causa di ciò».¹²⁶ E ancora: «così gli uomini, nonostante tutti i privilegi dello stato di natura, trovandosi comunque in una condizione sfavorevole finché vi rimangono, sono spinti ben presto a costituire una società. Perciò accade che raramente troviamo un gruppo di uomini che viva per qualche tempo in questo stato. Gli inconvenienti cui quella condizione li espone per l'irregolare ed incerto esercizio del potere che ogni uomo ha di punire le altrui trasgressioni, li inducono a mettersi sotto la protezione delle leggi stabilite di un governo e in esse cercano la salvaguardia della loro proprietà. È questo che li rende così propensi

¹²⁵ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, par. 127, pag. 341.

¹²⁶ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. II, par. 13, pag. 77.

a rinunciare ciascuno al proprio diritto di punire, affinché sia esercitato da quello soltanto che fra loro sarà in tal senso designato e secondo regole su cui la comunità, o quelli autorizzati da essa, converranno. E in ciò troviamo l'originario diritto e l'origine del potere sia legislativo che esecutivo, come pure gli stessi governi e società».¹²⁷ Locke, dunque, concede una alternativa a ciò «che Dio ha creato»: la vita in una società politica e sotto un governo civile.¹²⁸ Si potrebbe affermare che la necessità di unire gli uomini in comunità politiche è proporzionale all'inaccettabilità della dottrina secondo cui ogni uomo ha per natura il potere di punire gli altri.

A differenza della dottrina sulla punizione di Hobbes in base alla quale la punizione può essere esercitata solo in un corpo politico e da un'autorità politica in quanto il sovrano ha il potere di un «monarca assoluto» e il diritto esclusivo ad essere «giudice nella propria causa» e di «fare a tutti i suoi sudditi tutto ciò che egli vuole»,¹²⁹ Locke preferisce di gran lunga la condizione naturale a questa forma di regime civile arbitrario perché nello stato naturale nessuno è vincolato alla volontà ingiusta di un altro; e colui che giudica nella propria causa o in quella di chiunque altro è responsabile di fronte al resto dell'umanità.

La conclusione del ragionamento di Locke è che il potere politico come lo concepisce Hobbes rappresenta la forma più assoluta di ogni genere di svantaggio o iniquità presente nello stato naturale. Sebbene ciò che ha in mente Hobbes sia una condizione civile e non naturale, per Locke essa non offre rimedio alcuno ai mali dello stato naturale, anzi li rende peggiori.

¹²⁷ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR Milano, 2004, cap. IX, par. 127, pag. 231.

¹²⁸ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. II, par. 13, pag. 77.

¹²⁹ Thomas Hobbes, *Il Leviatano, Dei diritti dei sovrani per istituzione*, cap. XVIII, pp. 170-177, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993.

La dichiarata stranezza della sua teoria lo porta a sostenere la necessità di un passaggio dalle procedure imperfette e poco efficienti¹³⁰ dello stato naturale alle salvaguardie giuridiche stabilite nella società civile. Il fatto che, ciononostante, egli si dilunghi nel corso della sua opera, su di un numero di vantaggi connessi alla sua dottrina, indica che questa teoria ha qualcosa da proporre. Ciò che essa mostra è che una parte dei provvedimenti punitivi presociali preparano la strada alle norme di equità e sicurezza custodite entro i processi di formazione delle leggi della società politica. Per spiegare questi caratteri della teoria di Locke più adeguatamente, è opportuno attirare l'attenzione su certi assunti giustificativi relativi alla punizione che egli propone, che sono lungi dall'essere strani ed obsoleti.

Il primo punto da notare è che l'attribuzione di potere esecutivo da parte di Locke a ciascun uomo nello stato naturale non è priva di precisazioni. Egli espressamente dice che questo potere non va inteso come «potere assoluto o arbitrario».¹³¹ Tuttavia, egli avanza la sua teoria affermando che «ogni uomo deve esercitare il suo potere per punire secondo quanto col buon senso si giudica che il caso richiede».¹³² Perciò egli avanza due richieste: in primo luogo, colui che punisce deve far sì che il suo giudizio sia determinato da «la ragione tranquilla e coscienza»;¹³³ in secondo luogo, egli deve

¹³⁰ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cit., par. 8, pag. 243, BUR, Milano, 2004.

¹³¹ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. II, par. 8 pag. 69: «in tale modo nello stato di natura – afferma Locke – un uomo consegue un potere su un altro; ma non il potere assoluto o arbitrario di disporre di un criminale, quando è nelle sue mani, secondo gli appassionati furori o le stravaganze della sua volontà».

¹³² John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. II, par. 9 pp. 73.

¹³³ John Locke, *Secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 2004, cap. II, par. 9, pag. 71: «e dunque, se non è per legge di natura che ogni uomo ha il potere di punire le offese a quella legge, secondo quanto col buon senso si giudica che il caso richiede, non vedo come i magistrati di una comunità possano punire uno straniero d'un altro paese, dato che nei suoi confronti non possono aver maggior potere di quello che ciascuno per natura può avere su un altro».

fissare il grado di punizione alla luce del suo valore deterrente e compensativo e tener conto sia di quale pena sarà funzionale allo scopo della riparazione sia di quale pena garantirà che i trasgressori provino un sentimento di rimorso. Ecco che, in virtù di queste condizioni, l'ambiguità e la stranezza della teoria di Locke citata nelle prime di questo capitolo, risultano diminuite sensibilmente. Infatti il teorico dello Stato liberale, pone qui aspetti che non solo, sono rimasti al centro del dibattito filosofico, ma sono ancora vivi negli ordinamenti moderni e che ruotano attorno ad un'unica questione: la previsione della pena, e quindi anche della punizione, è giustificata a causa della violazione dei diritti del prossimo da parte di un trasgressore.

In secondo luogo, poi, si dovrebbero considerare i diversi elementi della teoria di Locke che non solo affrontano il problema di preservare gli innocenti e ottenere il risarcimento per il danno fatto, ma pongono le questioni della deterrenza e della compensazione e delle interrelazioni dei modi in cui la punizione come infliggimento di una male è stata giustificata. Allora, quali sono i pregi delle varie giustificazioni che Locke avanza nel contesto della sua teoria? Egli è consapevole che la punizione può implicare la perdita della libertà, della proprietà, il dolore, il lavoro forzato o una multa, e che tutto ciò può ostacolare l'uno o l'altro dei diritti naturali dell'uomo cioè la sua sicurezza, libertà o proprietà e che pertanto l'infliggimento di ogni punizione deve essere difeso, per esempio mostrando che essa è uno strumento per un qualche bene, e specificatamente per il raggiungimento del bene comune.

Dunque, le più importanti delle giustificazioni tradizionali sono la teoria compensativa, la nozione secondo cui la punizione – e in special modo la previsione della morte come pena – ha un'efficacia deterrente sulle inclinazioni future così come su gli altri potenziali

trasgressori e la concezione riformativa che però, come abbiamo visto, non trova alcuna giustificazione nella perdita della vita dato che nessun risarcimento – afferma Locke – può costituire riparazione per la perdita della vita.

2.4 IL FONDAMENTO FILOSOFICO DELLA PENA DI MORTE NEL PENSIERO DI IMMANUEL KANT

Il tema della pena di morte, affrontato da Kant all'interno della sua celebre opera la *Metafisica dei costumi* (1797), è collocato nella parte relativa al *Diritto pubblico* che rappresenta, insieme al *Diritto privato*, una articolazione del diritto. Sebbene il diritto privato assuma una importanza rilevante all'interno della *Metafisica dei costumi*, la nostra attenzione deve volgere verso l'aspetto pubblicistico del diritto, in quanto soltanto nello stato giuridico e all'interno della società civile è possibile trovare garanzia legale alle proprie pretese di natura giuridica. Perciò l'esame del diritto pubblico, in Kant, assume una preminenza particolare, perché è proprio al suo interno che egli deve riuscire a fondare a priori il dovere di punire il colpevole.

Nell'affrontare la questione della pena di morte nel pensiero filosofico-politico di Kant, possiamo affermare che il diritto penale è nelle mani del capo dello stato, che può punire senza essere a sua volta soggetto a possibili pene.¹³⁴ Nel proseguire lo studio delle pagine che compongono la *Metafisica dei costumi* in cui viene legittimata la pena di morte, possiamo notare come il filosofo tedesco segua con coerenza il principio dell'uguaglianza che è alla base della giustizia e che è, a sua volta ispirato all'imperativo categorico, che prevede di trattare gli uomini sempre come fini e mai semplicemente

¹³⁴ Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, Biblioteca universale Laterza, Bari, 1991, pag. 164: «il diritto penale è il diritto che ha il sovrano, verso chi gli è soggetto, di infliggere una pena quando sia reso colpevole di un delitto. Il capo supremo dello stato non può quindi essere punito, ma ci si può soltanto sottrarre alla sua dominazione».

come mezzi.¹³⁵ In base a queste due premesse (principio dell'uguaglianza e imperativo categorico che prevede di trattare gli uomini sempre come fini e mai come mezzi), il diritto penale non può e non deve evitare la pena, intesa non come rimedio bensì come conseguenza del crimine.¹³⁶ Infatti se nell'ambito naturale il vizio è di per se stesso una punizione, in quello giuridico la condanna non si riferisce al vizio, ma all'atto criminale e alle sue conseguenze delittuose. In questo senso il punto di partenza di Kant – come sostiene Giuseppe Landolfi Petrone nel suo *Saggio introduttivo a la Metafisica dei costumi* – è che «il diritto non deve liberare dal vizio ma deve controbilanciare l'atto fuorilegge».¹³⁷ Ciò significa che, in una dimensione retributivistica, il filosofo di Königsberg concepiva la pena come contro-prezzo da pagare per aver infranto quell'unico sentimento ad avere diritto di cittadinanza: il rispetto per la legge.¹³⁸ In tal senso, possiamo affermare che, se per un verso è vero che il criminale esce dallo stato civile quando commette una violazione della legge, per un altro verso non può essere semplicemente abbandonato in questo stato, ma deve essere legalmente punito per far valere il criterio del rispetto della legge positiva in generale. Lo stato non può perseguire, in questo campo una strategia che gli consenta di sfruttare in modo strumentale il crimine in nome di suoi

¹³⁵ Uno degli aspetti più importanti della filosofia kantiana, infatti, è la distinzione che il filosofo tedesco fa tra imperativi ipotetici ed imperativi categorici. A differenza degli imperativi ipotetici che prescrivono dei mezzi in vista di determinati fini e assumono la forma del «se...devi», l'imperativo categorico ordina, invece, il dovere in modo incondizionato, ossia a prescindere da qualsiasi scopo ed ha la formula del «devi» semplice e puro. Solo l'imperativo categorico, in quanto incondizionato, ha i connotati della legge, ovvero di un comando che vale in modo perentorio per tutte le persone e per tutte le circostanze.

¹³⁶ Kant, considerato il principale sostenitore della teoria retributiva della pena, affermava che la pena doveva essere inflitta al colpevole semplicemente perché ha commesso un delitto, indipendentemente dagli scopi di utilità che si volessero perseguire con una sua comminazione.

¹³⁷ Giuseppe Landolfi Petrone, *Saggio introduttivo a la Metafisica dei costumi*, Bompiani, Milano, 2003, pag. XIII.

¹³⁸ Nicola Abbagnano – Giovanni Fornero, *Fare Filosofia*, Paravia, Milano, 2000, pag. 312.

interessi particolari, ma deve semplicemente esercitare un diritto in quanto tale, che la violazione generale del popolo richiede in quanto vittima di ogni violazione del diritto.¹³⁹ A testimonianza di ciò, è doveroso citare direttamente il testo, dal quale possiamo capire come Kant fosse uno dei maggiori sostenitori della teoria retributiva della pena: «ma quale principio e quale misura la giustizia pubblica deve mai seguire per determinare la specie e il grado della punizione? Nessun altro principio se non quello dell'uguaglianza il quale consiste nel non inclinare più da una parte che dall'altra. Onde si può dire: il male immeritato che tu fai a un altro del popolo, lo fai a te stesso. Se oltraggi lui, oltraggi te stesso; se rubi a lui, rubi a te stesso; se colpisci lui, colpisci te stesso; se uccidi lui, uccidi te stesso. Soltanto la legge del taglione, ma ben inteso solo davanti alla sbarra del tribunale (non nel tuo giudizio privato) può determinare con precisione la quantità e la qualità della punizione; tutti gli altri principi sono oscillanti e non possono, per le considerazioni estranee che vi si mescolano, accordarsi con la sentenza pura e stretta giustizia».¹⁴⁰ Come possiamo notare da tale testo, il diritto penale, per il filosofo di Königsberg, non può che basarsi su un tipo di giustizia distributiva che imponga un risarcimento quantificabile, ossia un criterio rispondente al principio del simile con il simile (legge del taglione); principio che, pertanto, è l'unico applicabile. Ciò perché la giustizia distributiva di questo tipo agisce sul possesso comune originario, il patrimonio che effettivamente viene intaccato in caso di violazione della legge, almeno nel caso di furto, in quanto «colui che ruba rende incerta la proprietà di tutti gli altri; egli priva dunque se stesso (secondo il diritto del taglione) della garanzia per ogni proprietà possibile. egli non ha nulla e nemmeno può acquisire

¹³⁹ Giuseppe Landolfi Petrone, *Saggio introduttivo a la Metafisica dei costumi*, Bompiani, Milano, 2003, pag. XXIII.

¹⁴⁰ Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, Biblioteca universitaria Laterza, Bari, 1991, pag. 165.

nulla, eppure egli vuole vivere, il che non è altrimenti possibile che in quanto gli altri lo nutrano. Siccome però lo stato non può fare ciò gratuitamente, bisogna bene che il ladro gli metta a disposizione le sue forze per tutti i lavori nei quali converrà allo stesso di impiegarlo (nei lavori forzati o nelle case di correzione) ed egli cade così in schiavitù, sia per un certo tempo, sia, secondo le circostanze, per sempre».¹⁴¹

Tuttavia, il principio del risarcimento, per Kant, non è invece valido in caso di omicidio, che richiede l'applicazione di un criterio di uguaglianza più rigido, in quanto nessun risarcimento può valere come surrogato della vita tolta, per cui la pena da comminare in questo caso è solo e soltanto la morte.¹⁴² Infatti Kant, partendo dalla concezione retributiva della pena, secondo cui la funzione della pena non è di prevenire i delitti ma puramente di rendere giustizia, cioè di fare in modo che ci sia una corrispondenza perfetta tra il delitto ed il castigo, sostiene che il dovere della pena di morte spetta allo stato ed è un imperativo categorico, non un imperativo ipotetico, fondato sul rapporto mezzo fine. Questo suo rigoroso pensiero è espresso nella sua celebre frase, considerata la quinta essenza della teorie retributiva della pena: «se egli ha ucciso, deve morire. Non vi è surrogato, nessuna commutazione di pena, che possa soddisfare la giustizia. Non c'è nessun paragone possibile fra una vita, per quanto penosa e la morte, e in conseguenza nessun altro compenso fra il delitto e la punizione, fuorché nella morte giuridicamente inflitta al criminale, spogliandola però di ogni malizia che potrebbe, nella persona del paziente, rivoltare l'umanità. Anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri, l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima venir giustiziato

¹⁴¹ Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, Biblioteca universitaria Laterza, Bari, 1991, pag. 166.

¹⁴² Giuseppe Landolfi Petrone, *Saggio introduttivo a la Metafisica dei costumi*, Bompiani, Milano, 2003, pag. XIV.

affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione: perché questo popolo potrebbe allora venir considerato come complice di questa violazione pubblica della giustizia». ¹⁴³ «Tutti coloro – aggiunge Kant – che hanno commesso un assassino o che l’hanno ordinato o che vi hanno cooperato, debbono, per quanti siano, subire la pena di morte; così vuole la giustizia come idea del potere giudiziario secondo leggi universali fondate a priori». ¹⁴⁴ E, proprio per lo stesso principio di incomparabilità, la morte si tratta di una pena che può essere inflitta soltanto in caso di omicidio o di crimini contro lo stato, in modo da garantire almeno che venga inflitta a tutti in modo proporzionale alla loro malvagità interiore: ciò che non è quantificabile e che non rientra nella proprietà comune originaria, come appunto la vita e lo stato in quanto tale, non può essere risarcito in alcun modo se non con la morte. ¹⁴⁵

L’aspettativa di giustizia non è soltanto alla base del popolo danneggiato, rappresentato dal magistrato e dal giudice che emette la condanna, ma anche dello stesso criminale, che sa di meritare la punizione che gli spetta, anche nel caso della pena di morte.

La difesa da parte di Kant della pena di morte va valutata alla luce di un principio di estrema importanza: tale principio è offerto dall’idea che la giustizia nell’ambito del diritto positivo è di natura strettamente formale e, proprio per questo, richiede la massima certezza e prontezza, poiché ogni esitazione è una compromissione dell’uguaglianza dei cittadini.

¹⁴³ Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, Biblioteca universitaria Laterza, Bari, 1991, pag. 167.

¹⁴⁴ Questo rigoroso passo, nel quale Kant giunge alla conclusione che la pena di morte è doverosa, si trova nella seconda parte della *Dottrina del diritto*, dedicata al *Diritto pubblico. La metafisica dei costumi*, Biblioteca universitaria Laterza, Bari, 1991, pp. 166-167.

¹⁴⁵ Giovanni Landolfi Petrone, *Saggio introduttivo a La metafisica dei costumi*, Bompiani, Milano, 2003, pag. XV.

La giustizia che giustifica l'atto criminoso in nome della ricerca di fattori esterni al diritto e di ricostruzioni tendenti ad eludere responsabilità e a introdurre circostanze attenuanti, secondo Kant, non è una giustizia egualitaria, ma elitaria. Inoltre, la giustizia in senso stretto, sostiene ancora il filosofo di Königsberg, non dovrebbe confondersi con la psicologia, la medicina o anche con l'economia, vale a dire non dovrebbe trasformarsi in una pratica tendente al risanamento del colpevole o al benessere pubblico: «la pena giuridica non può mai venir decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene, sia a profitto del criminale stesso, sia a profitto della società civile, ma deve sempre venirgli inflitta perché egli ha commesso un crimine. E ciò perché l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo in servizio di fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti del diritto reale, contro di che egli è garantito dalla sua personalità innata, quantunque possa benissimo essere condannato a perdere la sua personalità civile. Egli dev'essere trovato passibile di punizione, prima ancora che si possa pensare di ricavare da questa punizione una qualche utilità per lui stesso o per i suoi concittadini. La legge penale è un imperativo categorico e guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi qualche vantaggio, la speranza del quale, secondo la sentenza farisaica «è meglio che muoia un uomo solo, piuttosto che si corrompa tutto il popolo», dissipi ai suoi occhi l'idea della punizione o l'attenui soltanto di un grado; perché, se la giustizia scompare, non ha alcun più valore che gli uomini vivano sulla terra».¹⁴⁶

È proprio sul tema della certezza del diritto e sull'autonomia della giustizia che poggia la critica di Kant alle teorie di Beccaria, a sua avviso viziate da un malinteso senso di umanità e le cui tesi

¹⁴⁶ Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, Biblioteca universitaria Laterza, Bari, 1991, pp. 164-165.

sarebbero «sofismi e cavilli giuridici». A tal proposito, in riferimento all'accesa critica nei confronti di Cesare Beccaria, Kant affermava: «invece il marchese Beccaria, per un affettato sentimentalismo umanitario, sostiene di contro a ciò la illegalità di ogni pena di morte: essa infatti non potrebbe essere contenuta nel contratto civile originario, perché allora ogni individuo del popolo avrebbe dovuto acconsentire a perdere la vita nel senso ch'egli avesse a uccidere un altro; ora questo consenso sarebbe impossibile perché nessuno può disporre della propria vita. Tutto ciò però non è che sofisma e snaturamento del diritto».¹⁴⁷ Prima ancora del merito delle proposte di Beccaria, Kant, ne mette in discussione la premessa metodologica e il principio ispiratore, nel senso che mentre l'autore de *Dei delitti e delle pene* considera il diritto penale come espressione e riflesso del contratto sociale,¹⁴⁸ per Kant la giustizia non può essere considerata come esterna, poiché altrimenti si dovrebbe ammettere che l'uomo si possa considerare come giudice di se stesso, il che è inammissibile.¹⁴⁹ Ciò che il contratto sociale prevede in via di principio a questo proposito è che l'uomo accetta di essere giudicato da un giudice esterno per le violazioni commesse: «in altre parole: non è il popolo (ossia ogni singolo componente) ma il tribunale (la giustizia pubblica), e quindi una persona diversa dal delinquente, quella che pronuncia la pena di morte, e nel contratto sociale non è affatto contenuta la promessa di lasciarsi punire e di disporre così di se stessi e della propria vita. Se infatti la facoltà di punire dovesse essere fondata su una promessa del colpevole di acconsentire a lasciarsi punire, bisognerebbe lasciargli anche la

¹⁴⁷ Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, Biblioteca universitaria Laterza, Bari, 1991, pp. 168-169.

¹⁴⁸ Per Cesare Beccaria, l'aspetto contrattuale sarà uno dei due argomenti su cui poggerà la sua giustificazione del rifiuto per la pena di morte. L'altro argomento di natura utilitaristica utilizzato da Beccaria per contrastare la pena di morte, sarà la minore efficacia deterrente preventiva della pena capitale rispetto al carcere a vita.

¹⁴⁹ Giuseppe Landolfi Petrone, *Saggio introduttivo a La metafisica dei costumi*, Bompiani, Milano, 2003, pag. XXVI.

facoltà di chiararsi lui stesso meritevole o non della pena e il criminale sarebbe così il suo primo giudice».¹⁵⁰

Il vizio dell'argomento di Beccaria risiede, secondo Kant, nel ritenere il criminale partecipe della legislazione penale, mentre al contrario è l'uomo integro che la codifica e che, in quanto espressione della pura ragione,¹⁵¹ accetta di sottomettersi alla pena in caso di violazione della legge, poiché «nessuno è punito per aver voluto la punizione, ma per aver voluto un'azione meritevole di punizione; perché non vi è più punizione quando a uno accade ciò ch'egli vuole, ed è impossibile voler essere punito».¹⁵²

La pena dunque non è lo scopo dell'azione criminosa, ma la conseguenza diretta di essa, per cui l'uomo, dal momento che non può volere la propria morte, può e deve volere il concetto stesso di pena commisurata alla violazione.¹⁵³

Nel discutere della pena di morte, Kant affronta due casi in cui, pur essendo prevista, gli appare problematica: il caso della madre che sopprima il figlio nato fuori dal matrimonio e il caso dell'ufficiale costretto a sfidare a duello un altro ufficiale che gli ha recato offesa. In entrambi i casi ciò che è in gioco è il senso dell'onore, ma con una differenza non trascurabile: mentre per la madre l'uccisione del figlio non la solleva dal disonore di aver generato un figlio fuori dal diritto, per l'ufficiale il rispetto del proprio onore è invocato dalla consuetudine e dalla mentalità del cameratismo.¹⁵⁴ In questi due casi lo stato può prescindere dal concetto dell'onore e condannare a morte

¹⁵⁰ Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, Biblioteca universitaria, Bari, 1991, pag. 169.

¹⁵¹ Kant usa il termine *homo noumenon*.

¹⁵² Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, Biblioteca universitaria Laterza, Bari, 1991, pag. 169.

¹⁵³ Giuseppe Landolfi Petrone, *Saggio introduttivo a La Metafisica dei costumi*, Bompiani, Milano, 2003, pag. XXVII.

¹⁵⁴ Così denominato perché caratteristico delle "camerate", ovvero di quei gruppi di militari che, soprattutto in passato, trovavano nelle "camerate", ovvero i dormitori comuni, luoghi di partecipazione, aggregazione, affinità di ideali e rispetto reciproco.

i due rei, oppure può prevedere un'eccezione nei loro confronti non applicando la norma prevista dal diritto. Kant sottopone il caso alla verifica dell'imperativo categorico valido nel diritto penale, ossia la comminazione della pena di morte a chi uccide, giungendo alla conclusione che non è l'imperativo a doversi adattare alla situazione, ma è l'arretratezza culturale di uno stato a generare conflitti razionali del genere, tanto che «finché rimane (la legislazione stessa) barbara e grossolana, è colpevole per il fatto che gli impulsi dell'onore nel popolo non vogliono coincidere con le regole che sono conformi al suo scopo, talché la giustizia pubblica, che emana dallo stato, diventa un'ingiustizia relativamente a quella che emana dal popolo».¹⁵⁵

Dunque, l'argomento a sostegno della pena di morte in Kant, è riconducibile alle dottrine assolute secondo la formulazione del *quia peccatur est* risalente a Seneca che concepiscono la pena, ed in questo caso della pena di morte, come un fine in sé e prescindono da qualunque utilità esterna essa possa perseguire: alla base di queste tesi c'è l'oscura credenza in un qualche magico nesso – di un contrappasso, o di negazione o di riparazione – tra colpa e punizione, che scambia il motivo o la condizione della pena, cioè la garanzia *nulla poena sine crimine*, con il suo scopo giustificante.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, Biblioteca universitaria Laterza, Bari, 1991, pag. 171.

¹⁵⁶ Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, par. 19, pp. 239-245.

3. LE ORIGINI DEL DIBATTITO: CESARE BECCARIA

Se guardiamo al lungo corso della storia umana dobbiamo riconoscere che il dibattito per l'abolizione della pena di morte è lungi dall'essere concluso, anzi possiamo affermare che si tratta di un problema sempre palpitante e di viva attualità. Per secoli il problema se fosse o non fosse lecito, o addirittura giusto, condannare a morte un colpevole non è stato neppure posto. Che tra le pene da infliggere a chi aveva infranto le leggi della tribù, della città, del quieto vivere, del popolo e dello stato, ci fosse anche la pena di morte, e che anzi la pena di morte fosse la madre delle pene, quella che soddisfaceva ad un tempo il bisogno di vendetta, di giustizia e sicurezza del corpo collettivo verso uno dei suoi membri infetti, non è mai stato messo in discussione.¹⁵⁷ Per fare un esempio, possiamo prendere in considerazione il primo grande libro sulle leggi e sulla giustizia della nostra civiltà occidentale: le *Leggi* di Platone. Nel libro IX Platone dedica alcune pagine al problema delle leggi penali. Riconosce che «la pena deve avere lo scopo di rendere migliore» ma aggiunge che «se si dimostra che il delinquente è incurabile, la morte sarà per lui il minore dei mali».¹⁵⁸ Nel capitolo IX Platone ritiene giusto e doveroso comminare la pena di morte per una serie molto ampia di delitti che spaziano da quelli diretti contro le divinità e contro il culto, ai delitti contro i genitori, contro il padre e la madre o in genere agli omicidi volontari. Proprio parlando degli omicidi volontari vi è detto ad un certo punto che essi debbono «necessariamente pagare la pena naturale» quella cioè di «patire ciò che hanno fatto».¹⁵⁹ La nostra attenzione deve cadere sull'aggettivo

¹⁵⁷ Norberto Bobbio, *Contro la pena di morte in L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1994, pag. 181.

¹⁵⁸ Platone, *Le leggi*, cap. IX, pag. 854.

¹⁵⁹ Platone, *Le leggi*, cap. IX, pag. 870.

«naturale» e sul principio di «patire»: questo principio, che nasce dalla dottrina del contrappasso (di cui Kant rappresenta uno dei principali esponenti), ancora più antica di quella di Platone, dei pitagorici, e sarà formulato dai giuristi medievali e ripetuto per secoli con la famosa espressione secondo cui il *malum passionis* deve corrispondere al *malum actionis*, percorre tutta la storia del diritto penale e giunge assolutamente immutabile sino a noi. Questo principio, infatti, rappresenta una delle più comuni giustificazioni della previsione della pena di morte in quegli ordinamenti che, nonostante si proclamino portatori di principi costituzionali, continuano a prevedere e considerare l'estremo supplizio uno strumento per la salvaguardia dell'ordine sociale.

È stato opportuno citare questo seppur remoto ma celebre testo solo per dimostrare come la pena di morte sia stata considerata non solo legittima ma anche naturale sin dalle origini della nostra civiltà, e del fatto che l'accettarla come pena non ha mai costituito un problema. Bisogna però giungere all'Illuminismo, nel cuore del Settecento, per trovarsi per la prima volta di fronte ad un serio ed ampio dibattito sulla liceità od opportunità della pena capitale, il che non vuol dire che prima di allora il problema non fosse mai stato sollevato. Infatti, quello che scriveva Cesare Beccaria in *Dei delitti e delle pene* non veniva scritto per la prima volta ma venne scritto per la prima volta, in un'epoca pronta a recepire le idee riformiste e a pensare di dar loro attuazione.¹⁶⁰

L'importanza storica ed umanitaria, che non sarà mai sottolineata abbastanza, del famoso libro di Beccaria (1764) sta proprio qui: è la prima opera che affronta seriamente il problema e offre alcune argomentazioni razionali per dare ad esso una soluzione che contrasta con una tradizione secolare.

¹⁶⁰ Eva Cantarella, *Dalla vendetta alla pena. Un equilibrio difficile* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 97.

Cesare Beccaria, considerato la massima espressione della riforma umanitaria del diritto penale nel corso del Settecento illuminato, negava la legittimità della pena di morte, ancorandosi al fondamentale principio del rispetto della persona umana: «non vi è libertà ogni qualvolta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di essere persona, e diventi cosa: vedrete allora l'industria del potente tutta rivolta a far sortire dalla folla delle combinazioni civili quelle che la legge gli dà in suo favore. Questa scoperta è il magico segreto che cangia i cittadini in animali di servizio, che in mano del forte è la catena con cui lega le azioni degl'incauti e dei deboli».¹⁶¹ In realtà quando si afferma che la pena di morte, benché sia crudele, è utile per la difesa della società, si finisce per utilizzare la persona del condannato come mezzo per il raggiungimento di finalità ad esso estranee. L'individuo viene cioè sacrificato ed utilizzato come strumento per realizzare finalità di prevenzione generale.¹⁶²

Gli argomenti adoperati da Beccaria per contrastare la pena di morte si fondano su due principi: il primo – che oggi risulta in gran parte abbandonato – si richiamava al principio del contratto sociale; il secondo, attraverso un ragionamento utilitaristico, poggia sulla

¹⁶¹ Cesare Beccaria, *Dei Delitti e delle pene (1764)*, Einaudi, Torino, 1994, cap. XX.

¹⁶² Ciò che Cesare Beccaria tiene a sottolineare è che non si può giustificare la morte come esempio per gli altri consociati perché non può essere accettato il principio in base al quale l'uomo debba essere considerato come un mezzo per raggiungere un fine, sia pure quello di salvaguardare l'intera società. È l'uomo, al contrario, che deve essere tutelato in vita del fine di qualsiasi ordinamento giuridico che fa del rispetto della vita e della inviolabilità della persona umana la propria ragion d'essere. È la stessa idea che venne sviluppata da Kant, il quale, pur essendo un sostenitore della funzione retributivistica della pena di morte, respinge il concetto di intimidazione perché viola la massima che vieta di trattare la persona come mezzo per il raggiungimento di finalità di prevenzione generale. Il vero significato della battaglia condotta da Cesare Beccaria contro la pena di morte sta nel richiamo al rispetto dei principi fondamentali della dignità e della libertà dell'uomo.

minore efficacia preventiva della pena di morte rispetto al carcere a vita.¹⁶³

Il primo argomento di natura contrattualistica trova la sua premessa nel fondamento del diritto di punire. Gli uomini stanchi di vivere in un continuo stato di guerra sacrificano una parte della propria libertà per goderne la restante parte in uno stato di sicurezza e tranquillità.¹⁶⁴

Ciò premesso, con riferimento specifico alla pena di morte «quale può essere il diritto – si chiedeva Beccaria – che si attribuiscono gli uomini, di trucidare i propri simili? Non certamente quello, dai cui risultano la sovranità e le leggi. Esse non sono che una somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno; esse rappresentano la volontà generale, che è l'aggregato dei particolari: chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del bene massimo, la vita?»¹⁶⁵ Con questa affermazione, Cesare Beccaria riteneva che la vita è un diritto indisponibile ed irrinunciabile e, per il rispetto dovuto alla persona umana, la società non può sopprimerlo. In tal modo, l'autore, trae il fondamento filosofico più solido ed inconfutabile del rifiuto della

¹⁶³ Eva Cantarella, *Dalla vendetta alla pena. Un equilibrio difficile* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 98.

¹⁶⁴ La teoria del contratto sociale consente a Beccaria di dire: «nessun uomo ha fatto il dono gratuito di parte della propria libertà in vista del ben pubblico; questa chimera non esiste che né romanzi; se fosse possibile, ciascuno di noi vorrebbe che i patti che legano gli altri, non ci legassero; ogni uomo si fa centro di tutte le combinazioni del globo. La moltiplicazione del genere umano, piccola per se stessa, ma di troppo superiore ai mezzi che la sterile ed abbandonata natura offriva per soddisfare ai bisogni che sempre più s'incrocchiavano tra di loro, riunì i primi selvaggi. Le prime unioni formarono necessariamente le altre per resistere alle prime, e così lo stato di guerra trasportossi dall'individuo alle nazioni. Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a ceder parte della loro libertà: egli (qui Cesare Beccaria si riferisce a Motesquieu) è dunque certo che ciascuno non ne vuole mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni forma il diritto di punire, tutto il più è abuso e non giustizia, è fatto ma non già giustizia». Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Einaudi, Torino, 1994, cap. II, pag. 10.

¹⁶⁵ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino, 1994, cap. II.

legittimità della pena di morte: l'argomento contrattualistico della tutela della vita, la quale proprio perché è la sola giustificazione dell'intero artificio giuridico, non può essere contraddetta dalla giustificazione, quale che sia, della pena di morte.

Il fondamento del rifiuto della pena di morte si identifica così con il fondamento e la ragion d'essere del diritto medesimo giacché è proprio la tutela della vita – quale principio fondamentale, naturale ed inviolabile – la ragione dell'artificio statale e del patto di convivenza. È per la tutela degli uomini naturali in carne ed ossa, e quindi del loro diritto naturale alla vita, che l'artificio statale è stato da essi stessi costruito: se la ragion d'essere dello stato – il suo fondamento e la sua funzione – è la tutela della vita umana, non può lo stato, senza rinnegare se stesso infliggere la morte.¹⁶⁶

Beccaria, in altri termini, trae dalle teorie di Hobbes e Locke, le implicazioni logiche che tali contrattualisti non avevano voluto trarre.

Il secondo argomento di natura utilitaristica utilizzato da Beccaria per contrastare la pena di morte poggia, sulla minore efficacia deterrente preventiva della pena capitale rispetto al carcere a vita. Afferma il filosofo lombardo: «la pena di morte non è un diritto, ma una guerra della nazione con un cittadino, perché giudica necessaria o utile la distruzione del suo essere».¹⁶⁷ Stabilito che la morte di un cittadino può credersi giusta e necessaria per esigenze di prevenzione generale quando si tratti di reati che possono mettere in pericolo la sicurezza della nazione, il filosofo lombardo dubitava della stessa utilità e necessità della pena di morte: «ma se dimostrerò non essere la morte né utile né necessaria, avrò vinto la causa dell'umanità».¹⁶⁸

¹⁶⁶ Luigi Ferrajoli, *Il fondamento del rifiuto della pena capitale* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 63.

¹⁶⁷ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino, 1994, cap. XXVII.

¹⁶⁸ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino, cap. XXVIII.

Anche se non si vuole tenere conto dell'esperienza che insegna come la pena dell'ultimo supplizio non abbia mai distolto gli uomini dal delitto, basta guardare alla natura dell'uomo per convincersi che questa pena non è né utile né necessaria.¹⁶⁹ In tal senso, il nostro autore afferma: «non è l'intensità della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa: perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggero movimento. Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà che, divenuto bestia di servizio, ricompensa con le sue fatiche quella società che ha offesa, e che è il freno più forte contro i delitti».¹⁷⁰ L'accento quindi, viene spostato su un'impostazione di tipo utilitaristico per dimostrare l'inutilità della pena di morte a fini preventivi rispetto al carcere perpetuo. Anche a voler ammettere che l'individuo possa essere utilizzato come strumento di prevenzione generale – ma questo assunto viene decisamente negato da Beccaria – chi può mai dimostrare che il sacrificio dell'individuo, attraverso la pena di morte, sia in grado di raggiungere lo scopo dell'intimidazione dei consociati? Secondo Beccaria, non è, quindi, necessario che le pene sia crudeli per essere deterrenti. È sufficiente che siano certe. Ciò che costituisce la ragione principale, per non commettere il delitto, non è tanto la severità della pena quanto la certezza di essere in qualche modo puniti. Maggiore efficacia

¹⁶⁹ Elio Palombi, *Introduzione a Contro la pena di morte: scritti di Francesco Carrara (1805-1888)*, IPSOA, Assago, 2001, pag. IX.

¹⁷⁰ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino, 1994, cap.. XVI.

dunque, riveste «lo spettro della schiavitù perpetua»¹⁷¹ che rappresenta, per intensità quanto basta per rimuovere gli uomini dal delitto. In sostanza, presenta, cioè, maggiore forza deterrente l'esempio di una penosa e prolungata privazione della libertà, che non il terrore ma passeggero spettacolo della morte di un criminale.¹⁷²

Questa argomentazione di natura utilitaristica – come osserva Elio Palombi nella sua *Introduzione a Contro la pena di morte: scritti di Francesco Carrara (1805-1888)* – è assai meno convincente di quella contrattualistica e contraddittoria in quanto si pone in netto contrasto con i principi umanitari che sono alla base dell'intera opera di Beccaria. Sostenere infatti che la pena dell'ergastolo può essere considerata anche più crudele della pena di morte, ma che riveste rispetto a questa una maggiore efficacia preventiva, significa porsi in contrasto con il principio da lui conclamato secondo cui non è la crudeltà delle pene che rappresenta il freno più forte contro i delitti. Il principio di umanità verso il reo verrebbe poi fortemente contrastato dalle affermazioni relative alle caratteristiche di crudeltà del carcere perpetuo che sarebbero tali da offendere la dignità dell'uomo.¹⁷³

¹⁷¹ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino, 1994, cap. XXVIII: «chi dicesse che la schiavitù perpetua è dolorosa quanto la morte, e perciò egualmente crudele, io risponderò che sommando tutti i momenti infelici della schiavitù, lo sarà forse anche di più: ma questi sono stesi sopra tutta la vita, e quella esercitata tutta la sua forza in un momento; ed è questo il vantaggio della pena di schiavitù, che spaventa più che la veda che chi la soffre; perché il primo considera tutta la somma dei momenti infelici, ed il secondo è dall'infelicità del momento presente distratto dalla futura. Tutti i mali si ingrandiscono dall'immaginazione, e chi soffre trova nelle risorse e delle consolazioni non conosciute e non credute dagli spettatori, che sostituiscono la propria sensibilità dall'animo incallito dell'infelice».

¹⁷² Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi Torino, 1994, cap. XXVIII: «non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti».

¹⁷³ Elio Palombi, *Introduzione a Contro la pena di morte: scritti di Francesco Carrara (1805-1888)*, IPSOA, Assago, 2001, pag. X.

Sono critiche dure che non prendono in considerazione l'obiettivo di fondo che si poneva il filosofo lombardo nel porre a raffronto il carcere a vita con la pena di morte. Era l'uso o meglio l'abuso di quest'ultima pena che egli voleva contrastare e per far ciò occorreva confutare il mito della sua maggiore efficacia a fini deterrenti. Si rendeva conto della difficoltà del suo assunto e delle prevedibili reazioni alla sua proposta abolizionista, e di fronte all'abuso che a quell'epoca si faceva della pena di morte, di larga applicazione per una serie di delitti per i quali appariva sproporzionata, si pensi al furto, alla falsificazione delle monete, al duello, Beccaria finiva per accentuare la triste e penosa condizione del condannato al carcere perpetuo al solo fine di allontanare l'idea che la pena di morte costituisse un'insopprimibile mezzo di prevenzione contro certi delitti.¹⁷⁴

Solo così si possono spiegare le osservazioni sulle condizioni che devono caratterizzare il carcere a vita, altrimenti la discrasia in rapporto al fondamentale principio del rispetto della persona umana, che costituisce il *leitmotiv* di tutta l'opera del Beccaria, non sarebbe accettabile.

Certamente oggi queste argomentazioni appaiono incompatibili con i principi che sovrintendono alla funzione della pena e l'evidente contrasto con il principio di umanità verso il reo non poteva non essere colto dallo stesso Beccaria, ma il tenore della causa abolizionista che voleva a tutti i costi vincere, era tale che tutte le argomentazioni adoperate devono essere considerate come strumentali alla esigenza di riaffermare l'indisponibilità del diritto alla vita.

Beccaria si rendeva conto che la causa abolizionista da lui patrocinata con tanto fervore lo avrebbe esposto agli attacchi dei

¹⁷⁴ Elio Palombi, *Introduzione a Contro la pena di morte: scritti di Francesco Carrara (1805-1888)*, IPSOA, Assago, 2001, pag. X.

sovrani, ai quali sottraeva un forte potere, e a tal fine era costretto a prospettare la pesante condizione che caratterizza l'ergastolo per dimostrare la sua maggiore efficacia preventiva rispetto alla pena capitale. La triste e la penosa condizione in cui vive il condannato al carcere a vita serve in altri termini per dimostrare la sua efficacia deterrente rispetto alla pena di morte, che doveva essere necessariamente abolita, perché crudele e lesiva del diritto alla vita. Sostenere che questa parte delle argomentazioni è la meno valida e la meno convincente perché rapportata ad una concezione utilitaristica della pena propria dell'Illuminismo, che per esigenze di prevenzione generale rischia di trascurare il rispetto dovuto ai diritti della persona, significa trascurare la funzione strumentale del discorso sull'efficacia preventiva della pena di morte fatto da Beccaria.¹⁷⁵

Se è vero che l'Illuminismo in generale, come linea di tendenza, aveva sviluppato una concezione della pena basata su esigenze di prevenzione generale, ciò non toglie però che Beccaria, in relazione allo specifico problema della pena di morte era fortemente attestato sulla esigenza di affermare il principio della assoluta indisponibilità del diritto alla vita, per un profondo rispetto del valore dell'uomo. L'argomento relativo alla minore efficacia preventiva della pena di morte rispetto all'ergastolo ha una funzione strumentale e serviva al filosofo lombardo per sconfiggere il mito della necessità della pena capitale come massimo deterrente per la protezione della società.

Nel suo fremito umanitario e nel suo sdegno contro ogni inutile supplizio, che pertanto non ha mai reso gli uomini migliori, Cesare Beccaria fu per l'abolizione completa della pena di morte, ritenendo sufficiente pene più umane purché certe, sicure e prontamente applicate.

¹⁷⁵ Elio Palombi, *Introduzione a Contro la pena di morte: scritti di Francesco Carrara (1805-1888)*, IPSOA, Assago, 2001, pag. XI.

Ma il destino, a volte, risulta essere strano: pur essendo passato alla storia come il paladino che ha condotto in prima fila la battaglia sulla abolizione della pena di morte, Beccaria non è stato considerato un abolizionista completo. Infatti, egli la ritiene legittima e opportuna quando sia necessaria per garantire la stabilità politica di una nazione ed evitare l'anarchia e quando l'uccisione pubblica di un criminale sia «il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti».¹⁷⁶ In questo senso è stato affermato che l'autore del *Dei delitti e delle pene* non fu per l'abolizione della pena di morte, ma per un uso temperato ed eccezionale di questa pena, cercando anche di dimostrare, in un'analisi tendente a capovolgere le posizioni tradizionalmente accolte sul pensiero del Beccaria in ordine alla pena di morte, come, in ogni caso, molto prima di lui, altri avessero sostenuto la tesi dell'abolizione completa.¹⁷⁷ Su quest'ultimo punto va, però, osservato che anche se Beccaria non fu il primo ad affermare la necessità di abolire la pena di morte, indubbiamente fu il primo a rappresentare questa esigenza in un'opera in cui i principi riformatori esposti si armonizzavano fra di loro, ispirandosi ad una

¹⁷⁶ Il passo grazie al quale si può affermare che Cesare Beccaria non era di principio contrario alla pena di morte è inserito nel cap. 28. Afferma il filosofo lombardo: «la morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà egli abbia 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: la morte di qualche cittadino divien dunque necessaria quando la nazione recupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell'anarchia, quando i disordini stessi tengon luogo di leggi: ma durante il tranquillo regno delle leggi, in una forma di governo per la quale i voti della nazione siano riuniti, ben minuta al di fuori e al di dentro della forza e dalla opinione, forse più efficace della forza medesima, dove il comando non è che presso il sovrano, dove le ricchezze comprano piaceri e non autorità, io non veggio necessità alcuna di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero e l'unico freno per distogliere gli altri dal commettere i delitti, secondo motivo per cui può credersi giusta e necessaria la pena di morte».

¹⁷⁷ Italo Mereu, *Appunti sulla pena di morte nel pensiero di Tommaso Moro, Alciato e Beccaria*, pag. 446, foro pen., 1964.

profonda e sentita esigenza di umanizzazione della pena.¹⁷⁸ Ciò che in sostanza la modernità voleva abolire, come ha mostrato Michel Foucault in *Sorvegliare e punire*, era lo «lo splendore dei supplizi» – che tanto avevano caratterizzato l'età medievale – e cioè l'esibizione raccapricciante di esecuzioni capitali precedute da lunghe ed efferate sevizie.¹⁷⁹ Nell'epoca dei lumi si intende uccidere con un atteggiamento secolarizzato e umanitario, che renda l'omicidio istantaneo e perciò indolore o meno crudele.¹⁸⁰ L'obiettivo di Beccaria, pienamente raggiunto, fu quello di porre un freno all'abuso che si faceva della pena capitale ed anche se non lo si voglia considerare un abolizionista completo non si può disconoscere che rese utilissimi servigi alla causa abolizionista.

I principi umanitari espressi nei *Delitti e delle pene* ebbero vasto eco nel mondo e le reazioni alla pubblicazione del suo libro furono molto diverse. Tra i più accesi sostenitori dell'intellettuale milanese stava Voltaire, il cui entusiasmo contribuì non poco allo strepitoso successo della sua opera. Come ricorda Norberto Bobbio, «gran parte della fama del libro di Beccaria è dovuta soprattutto al fatto che esso fu accolto con gran favore da Voltaire. Beccaria era un illustre

¹⁷⁸ Altrettanto netta e unanime fu, da parte degli Illuministi, la presa di posizione contro i supplizi che accompagnavano le esecuzioni. Non bisogna dimenticare che, nonostante le battaglie condotte da Beccaria, nel Settecento, nei paesi europei la pena capitale veniva applicata a un numero altissimo di comportamenti, che includeva i delitti detti religiosi (bestemmia, sacrilegio, eresia, magia), nonché delitti rispetto alla cui gravità la morte era una pena sproporzionata (il furto o la falsificazione di monete). Inoltre, nel caso dei delitti di sangue e di lesa maestà, la morte era accompagnata da tormenti come il supplizio alla ruota o i morsi di tenaglie roventi che rendevano le sofferenze più atroci della morte stessa.

¹⁷⁹ Il supplizio era l'arte antica e medievale di trattenere la vita del condannato nella sofferenza, suddividendo il rituale in fasi successive e ottenendo la più raffinata, straziante agonia della vittima, in una sorta di sadica moltiplicazione e intensificazione dei tormenti. Il supplizio medievale, infamante e clamoroso, poteva comportare lo squartamento, l'arrostimento sul rogo, l'impalamento, lo schiacciamento lento e progressivo, il far bollire il condannato nell'olio, strappargli le carni o il cuore mediante tenaglie arroventate, seppellirlo o murarlo vivo con il capi all'ingiù, e infinite altre crudeltà.

¹⁸⁰ Oggi la sedia elettrica, l'iniezione letale, la camera a gas, il colpo di pistola alla nuca sono stratagemmi omicidi che si ispirano a questo razionalismo laico ed umanitario.

ignoto; mentre nella patria dei lumi, che era la Francia, Voltaire era Voltaire». ¹⁸¹ Non meno clamoroso, l'effetto *Dei delitti e delle pene* nella Russia di Caterina II, nella cui celebre opera *Istruzione* del 1765 (immediatamente successiva alla pubblicazione del libro di Beccaria) si legge: «l'esperienza di tutti i secoli prova che la pena di morte non ha giammai resa migliore una nazione».

L'opera di Beccaria, non conquistò consenso solo nel continente europeo, ma anche negli Stati Uniti d'America, dove tra i suoi massimi estimatori stava il presidente John Adams.

Ma sul piano della politica legislativa, la prima conseguenza concreta del dibattito che seguì la pubblicazione di *Dei delitti e delle pene* fu la legge toscana, emanata dal Granduca Leopoldo I il 30 novembre 1786: la prima legge al mondo che abolì la pena di morte, la quale, all'art 51, dopo una serie di considerazioni tra cui emerge, ancora una volta, soprattutto la funzione intimidatrice, ma non è trascurata la funzione emendatrice della pena – «la correzione del reo, figlio anch'esso della società e dello stato» – dichiara «di abolire per sempre la pena di morte contro qualunque reo, sia presente sia contumace, ed ancorché confessò e convinto di qualsivoglia delitto dichiarato capitale dalle leggi fin qui promulgate, le quali tutte vogliamo in questa parte cessare ed abolite». ¹⁸²

La pena di morte divenne, così, il tema principale ed indiscusso del pensiero e del dibattito illuminista che portò, grazie a Beccaria, alla riforma in senso umanitario del diritto penale, i cui effetti sono rintracciabili anche nelle odierne democrazie.

¹⁸¹ Norberto Bobbio, *Né utile né necessaria. Contro la pena di morte*, pp. 19-41.

¹⁸² *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, a cura di D. Zuliani, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 205-206.

4. LE IDEOLOGIE PENALI TRA GIUSTIFICAZIONISMO E ABOLIZIONISMO PENALE

Le conseguenze penali previste per l'autore del fatto criminoso, non sono che un aspetto del più generale, perenne e tormentoso problema della difesa contro il crimine. E tale problema si incentra su un quesito di fondo, su cui si scontrano, perennemente, le tre posizioni dialettiche dello spirito umano: il Pessimismo, l'Ottimismo, il Realismo:¹⁸³ il delitto è ineliminabile? Oppure può essere eliminato? O è soltanto contenibile? E con quali mezzi? Se da un lato si deve ammettere che l'uomo, in quanto frutto della storia è un essere educabile e perfettibile, dall'altro vanno respinti i trionfalismi e le utopie, che possono insorgere sulla lunga strada della lotta contro il crimine ed abbandonare le illusioni sulla possibilità di una rapida rieducazione morale e di rigenerazioni dell'essere umano e della società.

La pretesa di una educazione umana generalizzata è stata uno dei costanti fallimenti di tutti gli sforzi e di tutte le ideologie dell'intera

¹⁸³ Per le ricorrenti concezioni pessimistiche, che, vedendo nelle cose un deterioramento che porta al disordine e al caos, considerano anche l'uomo incline irreversibilmente al male, il crimine è ineluttabile e invincibile, onde ogni programma di prevenzione sociale della criminalità e di trattamento rieducativo del delinquente è sterile: contro i delinquenti ci si difende solo neutralizzandoli o eliminandoli. Per le ricorrenti posizioni ottimistiche, che, vedendo nello sviluppo delle cose un continuo miglioramento verso un ordine perfetto o perfettibile, considerano perfettibile anche l'uomo, quando non addirittura già buono in natura, il delitto è prevenibile e vincibile fino ad ipotizzarne l'estinzione in un società utopistica o senza classi. E addirittura, in un esame distaccato del reato visto come una parte intrinseca della vita sociale, si è giunti ad asserire che il delitto deve essere accettato quale «fatto normale» e persino utile, essendo legato a quelle stesse condizioni che sono indispensabili alla normale evoluzione e al progresso sociale. Anche se, per non pervenire all'assurdo dei «molti delitti, molto progresso» e di scusare il crimine, la tesi va intesa nel giusto senso che il delitto è il doloroso prezzo inevitabile di un minimo di libertà umana e del minimo sociale, e riflette, comunque, una visione meramente sociologica e non personalistica, restando il crimine da questo punto di vista sempre un «male» per l'autore e la vittima.

storia dell'umanità, che è storia di una educazione sempre fallita e sempre ricominciata. E, proprio perché la politica criminale è ritornata al centro del pensiero criminalistico internazionale e si è ricominciato a discutere del continuo problema della lotta contro il crimine, si avverte, nonostante il timore di dover ripartire sempre da capo, l'esigenza di recuperare quelle costanti che, per la loro capacità di resistenza al fluire della storia e delle ideologie, costituiscono dei punti fermi contro le situazioni di confusione e smarrimenti. Ed infatti, il principio di realtà appare additare tra le costanti della vita sociale, la criminalità e la pena.

La criminalità è una costante della storia umana, in quanto è espressione delle imperfezioni dell'uomo e della società ed affonda le radici ultime in pulsioni profonde, in forze vitali innate dell'individuo umano, le quali possono essere non sopresse, ma soltanto contenute e orientate verso finalità non distruttive o socialmente utili e che sono la permanente ragione delle stesse ineliminabili imperfezioni e contraddizioni, individuali e sociali. Essendo la criminalità distribuita in tutti i gruppi sociali, nessun ordinamento giuridico è riuscito ad affrancare l'umanità dal crimine, e ad impedire quel triplice fenomeno dell'aumento, dell'omogeneizzazione e della internazionalizzazione del crimine stesso. Inoltre, il numero di coloro che pervengono al delitto cresce col decrescere di validi sistemi di controllo sociale (religiosi, morali, culturali, familiari, scolastici, associativi, amministrativi, giuridici, penali), facendo del lassismo e del disordine, un binomio indissolubile. Le società «permissivistiche» finiscono con il non garantire niente a nessuno: il permissivismo è l'assolutizzazione dell'arbitrio. Per la possibilità di tensione e, oltre certi limiti di conflitto tra «libertà» e «controllo sociale», non ci si può aspettare di potere seguire con successo entrambe le strade della libertà più illuminata e del contenimento della criminalità: il vuoto di controllo

sociale è, irrimediabilmente, colmato dalla prevaricazione e dalla criminalità.

In questo contesto, il problema della politica criminale non è quello della eliminazione, ma di un costante impegno di contenimento di tale problematica entro limiti ragionevoli di sopportabilità sociale, dato che il fattore criminogeno è una realtà con la quale in qualche misura si deve convivere. Ma se non ci si può attendere un mondo senza crimine, non ci si può neanche arrendere ad un mondo dominato dal crimine. Se la prevenzione programmata della criminalità crescente - secondo il grido d'allarme e l'appello lanciati già nel 1970 dal Congresso delle Nazioni Unite a Kyoto, presenti i rappresentanti di 82 paesi di tutte le aree geografiche, politiche, culturali del mondo¹⁸⁴ - è sempre più condizione per il contenimento di essa ed è problema chiave dell'attuale comunità mondiale, la disapprovazione sociale, proveniente dalla più intima interiorità di ogni essere umano, resta la prima forma di controllo del crimine. Più intransigente, netta, inequivocabile, è la disapprovazione sociale del delitto, minore è il bisogno dell'apparato repressivo, ma la diffusione della delinquenza stradale, mafiosa e terroristica è la riprova che tale disapprovazione tarda a realizzarsi.

La pena, allora, diviene strumento irrinunciabile di controllo sociale, finché non sarà dimostrata come erronea la verità di sempre, e sempre riconfermata, che accanto ad una minoranza di soggetti che non delinque anche senza la pena e accanto ad una minoranza di soggetti che delincono nonostante la pena, esiste la maggioranza di soggetti, che non delinque a causa della pena.

La pena, se certamente non elimina la criminalità e raramente rieduca il criminale, tuttavia contiene la criminalità stessa e, lasciar cadere tale sanzione giuridica, significa da un lato, far affievolire la difesa

¹⁸⁴ Dal 17 al 26 Agosto del 1970, si tenne a Kyoto il IV Congresso delle Nazioni Unite su *"La prevenzione del reato e il trattamento dei delinquenti"*.

statuale contro il crimine, e dall'altro aumentare i fenomeni dell'autodifesa e dell'autogiustizia¹⁸⁵ e prospettare un fatale ritorno alla vendetta, ai delitti di reazione e alla difesa privata, fenomeni questi ultimi, riaffioranti nel presente momento storico.

La pena, come la criminalità, quale categoria storica, costituisce dunque, la «costante» più costante della vita sociale, benché pensatori e scienziati ne abbiano, in modo ricorrente nel passato e nel presente, contestato la fondatezza o profetizzato la scomparsa.¹⁸⁶

Come categoria storica, la pena è, altresì, lo specchio più fedele delle

¹⁸⁵Il senso di autodifesa e di autogiustizia, è stato, e continua ad esserlo tutt'oggi per certi versi, una costante nel contesto sociale americano. Ciò che contribuì ad aumentare il senso di autodifesa e di autogiustizia e a dare una spinta al movimento a favore della pena capitale, fu, negli anni '70, la percezione non infondata, che gli omicidi erano in aumento, almeno in confronto alla relativa pace dei decenni postbellici. Questa diffusa paura dell'omicidio nei primi anni '70, era connessa a due aspetti culturali: la politicizzazione dell'omicidio associata agli assassini e ai disordini di alto livello della fine degli anni '60 e le sensibilità che emergevano nel nuovo tipo di residenza autonoma monofamiliare che stava diventando un ideale residenziale in Stati come la California, la Florida e l'Arizona. In primo luogo l'omicidio divenne un problema politico di primo piano: l'assassinio del presidente Kennedy, di Martin Luther King e del senatore Robert Kennedy erano, per i cittadini americani, potenti lezioni sulla vulnerabilità di tutti di fronte ai crimini violenti, specialmente negli spazi pubblici delle grandi città. Se un presidente, un senatore e un celebre religioso non potevano essere protetti mentre si muovevano in spazi pubblici urbani, chi poteva considerarsi al sicuro in quegli spazi? Se uomini di questo livello potevano essere uccisi, apparentemente da individui isolati, quale protezione potevano aspettarsi i cittadini da una polizia sovraccarica di lavoro? In secondo luogo, la rapida periferizzazione del contesto urbano e con essa la diffusione di un'intera logica economica e sociale costruita intorno alle case monofamiliari, aprì uno sazio fra le periferie e i quartieri urbani e la loro presunta violenza. Questo nuovo modello abitativo, che si era affermato nel dopoguerra e si era sviluppato in maniera esponenziale alla fine degli anni '60, alimentò l'immaginario pubblico dell'omicidio con varie modalità intrecciate. Il rischio di essere uccisi (o di vedere ucciso uno dei propri cari) da uno sconosciuto che invade la propria casa o si apposta nei paraggi per aggredirci durante il nostro passaggio inevitabile fra casa e fuori casa, si caratterizza per essere particolarmente difficile da prevenire grazie alla sicurezza pubblica. La risposta a questi interrogativi trovava, e trova tutt'oggi, la propria ragion d'essere nella previsione della morte come pena, quale effetto dissuasivo dal compiere crimini.

¹⁸⁶Significativa è l'esperienza sovietica, dove il concetto di pena, bandito dai Principi fondamentali del diritto penale del 1924 per fare luogo alle «misure di difesa sociale», è stato recuperato prima dalla dottrina e poi dal codice del 1960. Rigettandosi la primigenia nozione di misura di difesa sociale, perché questa mentre evidenzia il momento della «difesa» trascura la «riprovazione» della condotta antisociale e le altre funzioni politiche «attive» (intimidazione e rieducazione) della sanzione, si ritorna al concetto di pena come castigo proporzionato, pur se avente anche il fine di prevenzione generale e speciale e di rieducazione.

faticose tappe della civiltà umana, registrandone i costi, i ricorsi, i progressi e le regressioni. E per la sua polivalenza, essa ha subito e continua a subire, a seconda dei tempi, dei tipi di società e di regimi politici, utilizzazioni diverse, come pure strumentalizzazioni politico-ideologiche.

Il problema, quindi, della giustificazione della pena, cioè del potere di una qualunque comunità politica di esercitare una violenza programmata su di uno dei suoi membri, è forse il problema più classico della filosofia del diritto penale. Su che cosa si fonda questo potere, talora chiamato pretesa punitiva o diritto di punire? Esistono e, se esistono, quali sono le ragioni che rendono giusto o giustificato o accettabile moralmente e/o politicamente, il principio che alla violenza illegale rappresentata dai delitti, si aggiunga la violenza legale, messa in atto con la pena? E come si giustifica l'esercizio di una violenza organizzata, che vede schierata una moltitudine di soggetti contro una singola persona? Perché si punisce? A quali pene conviene far ricorso? Quali sono quelle che meglio garantiscono il contenimento della criminalità?

Questi interrogativi hanno avuto storicamente due risposte: l'una (in via di principio) positiva, l'altra (anch'essa in via di principio) negativa. Le risposte positive sono quelle fornite dalle dottrine giustificazionistiche, in quanto giustificano, solo parzialmente, i costi del diritto penale con scopi, o ragioni, o funzioni moralmente o socialmente irrinunciabili. Le risposte negative sono, invece, quelle offerte dalle teorie abolizionistiche, che non riconoscono giustificazione alcuna al diritto penale, auspicandone l'eliminazione, o perché ne contestano in radice il fondamento etico-politico oppure perché ritengono i vantaggi procurati dal diritto penale stesso, inferiori rispetto al costo della triplice costrizione da esso prodotta: la limitazione della libertà d'azione degli osservanti, la soggezione a processo di quanti sono sospettati inosservanti e la punizione di

quanti sono giudicati tali. L'alternativa offerta da questi due orientamenti, rileva la centralità filosofico-politica del problema penale: ciò vuol dire che il problema della legittimità politica e morale del diritto penale, quale tecnica di controllo sociale mediante costrizioni sulle libertà dei cittadini, è in buona parte il problema stesso della legittimità dello stato quale monopolio organizzato della forza.

4.1 LE DOTTRINE ABOLIZIONISTE

Prima di analizzare le soluzioni abolizionistiche del problema penale, è necessario introdurre una precisazione terminologica. Dobbiamo considerare «abolizionistiche» soltanto quelle dottrine assiologiche, che contestano come illegittimo il diritto penale, o perché non ammettono moralmente nessun possibile scopo come giustificante delle afflizioni da esso arrecate, oppure perché reputano vantaggiosa l'abolizione della forma giuridico-penale della sanzione punitiva e la sua sostituzione con mezzi pedagogici o strumenti di controllo di tipo informale e immediatamente sociale.

Non sono, invece, abolizionistiche, ma più propriamente «sostituzionistiche», quelle dottrine criminologiche, talora libertarie e umanitarie, ma praticamente convergenti con il correzionalismo positivo, che sotto il programma dell'abolizione della pena, propongono in realtà la sostituzione della forma penale della reazione punitiva con trattamenti pedagogici o terapeutici di tipo informale, ma pur sempre istituzionale e coercitivo e non meramente sociale.¹⁸⁷

Sono, infine, semplicemente «riformatrici», le dottrine penali che

¹⁸⁷ Il confine tra queste dottrine e quelle propriamente abolizionistiche è reso incerto dall'ambiguità delle soluzioni da esse proposte, accreditate di solito come abolizionistiche ma in realtà rientranti tra quelle che tentano di giustificare il fondamento e la funzione della pena attraverso modelli punitivi regressivi e non garantiti. Rientrano tendenzialmente in questo filone le dottrine della difesa sociale, che concepiscono la pena come trattamento ovvero ne propongono la sostituzione con misure curative e di mera sicurezza. In tal senso è un esempio: la dottrina italiana della Scuola Positiva alla quale si deve la nascita dei cosiddetti «sostitutivi penali» e teoria della «prevenzione indiretta».

prospettano la riduzione della sfera dell'intervento penale, o per altro verso, l'abolizione in favore di sanzioni penali meno afflittive rispetto alla specifica pena moderna, che è la reclusione carceraria.

Lo studio dell'abolizionismo penale permette di constatare come quest'ultimo appartenga ad un insieme alquanto eterogeneo di teorie, di dottrine e di atteggiamenti etico-culturali, accomunati dalla negazione di qualunque giustificazione o legittimità esterna dell'intervento punitivo sulla devianza da parte dello stato. I presupposti filosofici e le prospettive politiche di simili orientamenti sono i più disparati: dal mito settecentesco del «buon selvaggio» e della passata e felice società primitiva senza diritto, alle prefigurazioni anarchiche dell'«uomo nuovo» e della perfetta e futura società senza stato; dalle dottrine apologetiche della devianza e della società sregolata e liberamente violenta a quelle della società perfettamente autoregolata e pacifica.¹⁸⁸

Le dottrine abolizionistiche più radicali sono quelle che non giustificano solo le pene, ma neppure le proibizioni e i giudizi penali e quindi delegittimano incondizionatamente qualsiasi tipo di coercizione e costrizione penale o sociale. Una posizione così estrema è stata espressa dall'individualismo anarchico di Max Stirner. Muovendo dalla svalorizzazione di qualsiasi ordine o regola non solo giuridica, ma anche morale, Stirner perviene alla valorizzazione della trasgressione e della ribellione, concepite quest'ultime come libere e autentiche manifestazioni dell'egoismo,

¹⁸⁸ P. Marconi, *La libertà selvaggia. Stato e punizione nel pensiero anarchico*, Marsilio, Venezia 1979.

che non è giusto né prevenire, né punire, né giudicare.¹⁸⁹ Ovviamente, tale pensiero corrisponde ad una posizione limite ed è rimasta, in verità, alquanto isolata.

Più diffuse e razionali sono invece, le dottrine abolizionistiche che non solo si limitano a rivendicare la soppressione della pena, come misura giuridica afflittiva, ma giungono anche all'abolizione stessa del diritto penale, pur non pervenendo all'abolizione di ogni forma di controllo sociale. Queste dottrine, al contrario dell'a-moralismo della filosofia di Stirner, sono accentuatamente moralistiche e solidaristiche, essendo contrassegnate dal riferimento, di chiaro stampo giusnaturalistico, ad una morale superiore, che dovrebbe regolare direttamente la futura società. I sostenitori di tale filosofia, tra cui è doveroso annoverare Molinari, Godwin, Bakunin, non valorizzano la trasgressione perché espressione normale e fisiologica di ogni essere umano, ma al più la giustificano, come momento di ribellione o come segno ed effetto di cause sociali patologiche e, perciò, contestano la pena, perché inutilmente costrittiva o puramente funzionale alla difesa di contingenti interessi dominanti, prefigurando in suo luogo tecniche di controllo non giuridiche, ma immediatamente morali e/o sociali: ad esempio possiamo citare a tale

¹⁸⁹ M. Stirner, *Die Einzige und sein Eigentum*, 1844, p. 475: «io assicuro la mia libertà di fronte al mondo nella misura in cui mi approprio del mondo, cioè come me lo conquisto e me ne impossesso, con qualsiasi potere, con la persuasione, con la preghiera, con l'esigenza categorica, o anche con l'inganno ecc.: i mezzi che uso per tale scopo sono in relazione con quello che io sono. Voi non sapete che un vero io non può fare a meno di essere un delinquente, che il crimine è la sua vita. Nessuno deve impormi alcunché relativamente alle mie azioni, nessuno deve prescrivermi il mio modo di agire e darmi leggi in materia. Posso tollerare che un terzo mi tatti come nemica, ma mai come una sua creatura che fa della sua ragione una norma per me».

proposito l'occhio pubblico,¹⁹⁰ la forza invisibile dell'educazione morale,¹⁹¹ ed il solidarismo terapeutico¹⁹².

Tutte queste dottrine, che si propongono di attuare una commistione tra diritto e morale, hanno un doppio difetto al quale consegue, logicamente, una giustificazione della presenza imprescindibile del diritto penale in ogni società.

In primo luogo, i modelli di società da esse perseguiti sono quelli invitanti di una società selvaggia priva di qualsiasi ordine e abbandonata alla "legge del più forte" e lasciata in preda al *bellum omnium contra omnes*. In secondo luogo, queste dottrine eludono tutte le questioni più specifiche della giustificazione e della delegittimazione del diritto penale come la qualità e quantità delle pene, la qualità e la quantità dei divieti, delle tecniche di accertamento processuale, svalutando ogni approccio garantista, confondendo in un unico rifiuto modelli penali autoritari e modelli penali liberali e, non offrendo nessun contributo alla soluzione dei difficili problemi relativi alla limitazione e al controllo del potere punitivo.¹⁹³ Nessuno dei due suddetti principi è infatti idoneo a fondare niente più che sistemi illimitatamente autoritari perché

¹⁹⁰ L'occhio pubblico è configurato da Godwin, in *Giustizia politica* (1793), come una forma di controllo sociale informale, che si esprime nella disapprovazione dei vicini e si esercita attraverso una costrizione morale che obbliga il trasgressore a trasformarsi o ad emigrare.

¹⁹¹ M. Bakunin, *Lettera a Sergej Necaev*, 2 giugno 1870, pp. 160-161: «con quale diritto vogliamo agire sul popolo e con quali mezzi lo faremo? Rifiutando ogni potere, con l'aiuto di quale potere o piuttosto con quale forza dirigeremo la rivoluzione popolare? Per mezzo di una forza invisibile che non è riconosciuta da nessuno e che non si impone a nessuno. Questa forza deve procurare allo stesso tempo al popolo, una forza ausiliaria e diventare una scuola pratica per l'educazione morale di tutti i suoi membri».

¹⁹² Molinari, *Il tramonto del diritto penale*, 1904, 2^a ed., Edizioni della Rivista Universitaria Popolare, Milano, p. 23: «la delinquenza è una malattia, non discutiamo più su ciò.. Avete ragione quando dite che la società ha il diritto di difendersi dai delinquenti, ma deve da essi difendersi non col precetto del castigo, che si riassume in una brutale vendetta, ma colla pietà, coll'amore, colla cura benevola».

¹⁹³ N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976, pp. 61-64.

affidati al gioco libero e sfrenato dei poteri, poco importa se individuali, o sociali o politici.

Possiamo, quindi, osservare che, come le teorie abolizionistiche dello stato eludono il problema delle forme di governo, quelle abolizionistiche del diritto penale, eludono il problema delle forme del diritto e del processo penale, oscillando tra sterile utopismo teorico e soluzioni pratiche regressive ed anti-garantistiche.

Se il diritto penale risulta essere delegittimato dalle ideologie penali abolizionistiche, se è pura utopia concepire una società senza regole, se non vogliamo lasciare il gioco al principio del *bellum omium contra omnes*, le dottrine giustificazionistiche, allora, dovranno offrire repliche convincenti alla sfida abolizionistica, fornire giustificazioni adeguate e razionali di quel prodotto umano e artificiale che è il diritto penale e mettere ordine tra le diverse dottrine della pena.

4.2 LE DOTTRINE GIUSTIFICAZIONISTICHE: FONDAMENTO E FUNZIONE DELLA PENA

Nel linguaggio giuridico i termini «sanzione» e «pena» sono strettamente correlati. La pena, in base ad una definizione di carattere ampio e generale, può essere intesa come una specie del genere delle sanzioni, ovvero di quegli strumenti, mediante i quali l'apparato coercitivo dello Stato reagisce alle violazioni delle norme giuridiche. Presentato in questi termini, se, da un punto di vista formale, il concetto di pena appare definito semplicemente come conseguenza giuridica di quel tipo di illecito o violazione della legge che è il reato o delitto, da un punto di vista morale e sociale, invece, la pena è la

più rilevante fra le sanzioni giuridiche:¹⁹⁴ essa è l'istituto che con la maggiore energia cerca di garantire la convivenza civile e la vita dello Stato e, nello stesso tempo tocca da più vicino i problemi della libertà, sicurezza e dignità dei cittadini.¹⁹⁵ Proprio questa sua importanza e questo suo peculiare significato spiegano le ragioni, per cui la pena è stata oggetto di profondi studi lungo tutta la storia della filosofia e del diritto e lo è stata in rapporto ai suoi fondamenti di giustizia, nonché agli scopi e ai valori etico-politici, che per suo mezzo si intendono perseguire.

Le diverse teorie che sono state elaborate da molti illustri filosofi e giuristi in relazione al fondamento, allo scopo e alla funzione della pena sono divisibili anzitutto in due grandi gruppi, che si possono designare con riferimento ad una formulazione risalente a Seneca: vi sono le dottrine che giustificano la pena in base al *quia peccatur est* e prendono in considerazione soltanto il male o il fatto delittuoso commesso, guardando perciò al passato; vi sono le dottrine che

¹⁹⁴ Nell'ambito delle sanzioni giuridiche, cioè delle misure per assicurare l'osservanza delle norme giuridiche, si distingue tra: 1) le sanzioni punitive (*lato sensu*) consistenti in conseguenze spiacevoli dell'inosservanza e aventi la funzione impeditiva, di scoraggiamento delle condotte trasgressive; 2) le sanzioni premiali, consistenti in conseguenze gradevoli dell'osservanza e aventi la funzione propulsiva, di incoraggiamento delle condotte osservanti. Nel diritto penale la sanzione premiale non può essere usata in alternativa alla sanzione punitiva per tutelare i beni giuridici, mentre possono essere usate «tecniche premiali» per favorire comportamenti non obbligatori, quali il ravvedimento e la risocializzazione. Nell'ambito delle sanzioni del primo tipo, si distingue tra: 1) sanzioni omogenee, cioè che partecipano della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti (es.: la riparazione e il risarcimento del danno, aventi natura reintegratrice o di equivalenza patrimoniale); 2) sanzioni eterogenee, che non partecipano della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti. Tra le eterogenee vengono poi distinte, a) le sanzioni eterogenee impeditive, che si riflettono sull'atto incidendo sullo stesso bene giuridico oggetto dell'obbligo (es.: la nullità, che impedisce al soggetto di conseguire il risultato cui tendeva attraverso l'atto posto in essere); b) le sanzioni eterogenee afflittive, che si riflettono sull'agente incidendo su un bene giuridico del tutto diverso da quello oggetto dell'obbligo. Ne è esempio tipico la pena: in base ad essa chi viola l'obbligo subisce una conseguenza che è eterogenea rispetto all'obbligo violato e costituisce una reazione autonoma dell'ordinamento giuridico.

¹⁹⁵ Mario A. Cattaneo, *Filosofia politica e «filosofia della pena»*, in «Tradizione e novità della Filosofia della Politica», Atti del I° Simposio di Filosofia della Politica, Bari 1970, pp. 81-92.

giustificano la pena in base al principio *ne peccatur* e prendono in considerazione il bene, lo scopo, che può derivare dalla pena, guardando perciò al futuro.

Tale distinzione è stata sviluppata in due classificazioni, assai simili, ma non identiche fra loro, elaborate nel mondo culturale germanico e in quello anglosassone. Infatti, la dottrina tedesca distingue fra «teoria assoluta» da un lato, che concepisce la pena come un fine in sé, e prescinde da qualsiasi scopo esterno essa possa perseguire, e «teorie relative» o «teorie dello scopo» dall'altro, che giustificano la pena unicamente in base agli scopi che ad esse è possibile attribuire. La dottrina anglosassone distingue, invece, fra «teoria retributiva» che riposa sulla regola della giustizia come uguaglianza o corrispondenza tra eguali, secondo la massima dantesca del “contrappasso”: è giusto che chi ha compiuto un'azione malvagia venga colpito dallo stesso male che ha causato agli altri e «teoria utilitaristico-deterrente» che attribuisce alla pena uno scopo di utilità sociale: scoraggiare le azioni che un determinato ordinamento considera dannose con la minaccia di un male.

Tuttavia, è doveroso approfondire uno studio di questo genere, che può a buon titolo ricevere la qualifica di «filosofia della pena», per constatare, se e come, le funzioni tradizionali attribuite alla pena, possano trovare collocazione nella *ratio* della pena di morte.

Benché innumerevoli e varie, le funzioni della pena sono riconducibili alle seguenti teorie giustificazionistiche, che rappresentano i momenti di una dialettica mai superata e continuamente riproponentesi:

- 1) Teoria della retribuzione;
- 2) Teoria della prevenzione sociale, distinta in:
 - a) teoria della prevenzione generale o dell'intimidazione attuata per mezzo dell'esecuzione della pena;
 - b) teoria della prevenzione speciale;

- c) teoria della prevenzione generale o dell'intimidazione attuata mediante la minaccia contenuta nella legge penale;

3) Teoria correttivo-educativa o teoria dell'emenda.

Numerosi interrogativi e perplessità sorgono spontanee: le funzioni tradizionali attribuite alla pena, possono essere attribuite alla previsione della morte come pena? Può la pena di morte essere considerata una "sanzione giuridica"? Su quali motivi si fonda il diritto dello Stato di uccidere? La previsione della pena capitale ha effettivamente un'efficacia utilitaristico-deterrente? E retributiva? Sono questioni che presentano vivo interesse di natura filosofica, giuridica e sociologica.

4.2.1 TEORIA DELLA RETRIBUZIONE

La teoria «assoluta» della funzione penale, è così chiamata dalla dottrina germanica perché, pone il fondamento e la giustificazione della pena unicamente nel delitto commesso, nel fatto colpevole che esige un'espiazione: la funzione penale, secondo tale teoria, consiste nella retribuzione del male penale per il male costituito dal delitto.¹⁹⁶ In una simile prospettiva la pena è considerata come un fine in se stessa, poiché la sua giustificazione non sta in uno scopo che essa dovrebbe raggiungere, ma semplicemente nella realizzazione della giustizia. Il principio ultimo su cui si fonda tale concezione penale è l'idea secondo cui è legittimo o doveroso «rendere male per male».

¹⁹⁶ La pena è definita come il *malum passionis quond inligitur ob malum actionis*, cioè il corrispettivo del male commesso, e viene applicata *quia peccatum est*, cioè a cagione del reato commesso. L'idea della retribuzione ha trovato una sua compiuta espressione con la Scuola classica penale. Si suole definire Classica, la corrente di pensiero che prospera nella seconda metà dell'Ottocento in Italia ed alla quale risale "*la nascita della moderna scienza del diritto penale italiano*". Pur comprendendo al suo interno orientamenti molto eterogenei, i componenti di questo movimento erano mossi da un filo conduttore comune, che muoveva da una concezione giusnaturalistica del reato come "ente giuridico" che viola i diritti discendenti da leggi assolute. Il maggiore esponente della scuola classica fu Francesco Carrara.

L'idea, così delineata, sembra semplice e chiara: essa presenta tuttavia numerosi problemi di interpretazione, anche in rapporto alla possibilità di suddivisione in diversi significati e in diverse sottospecie di teoria retributiva penale.

Nella dottrina penalistica, si distinguono infatti, due tipi di retribuzione, la retribuzione morale e la retribuzione giuridica. I seguaci della retribuzione morale sostengono che è un'esigenza profonda e incoercibile della natura umana che il male sia retribuito con il male, come il bene merita un premio. Poiché il delitto costituisce una violazione dell'ordine etico, la coscienza morale ne esige la punizione. Punire il colpevole è, dunque, una necessità in base ad un imperativo di giustizia che scaturisce dalla coscienza umana e che, trova in sé la giustificazione, senza bisogno di ricercarla in qualsiasi utilità sociale. I sostenitori della retribuzione giuridica, invece, affermano che il delitto è ribellione del singolo alla volontà della legge e, come tale, esige una riparazione che valga a riaffermare l'autorità dello Stato e tale riparazione si chiama pena.¹⁹⁷ Queste due diverse partizioni, trovano fondamento nel pensiero di alcuni filosofi che hanno sostenuto e studiato, pur criticandola, la teoria retributiva della pena.

Due «classici» sostenitori della concezione retributiva della pena sono Kant ed Hegel. Se la filosofia della pena di Kant esprime perfettamente la teoria della retribuzione morale, tuttavia, emergono delle perplessità nel ricondurre la retribuzione giuridica ad Hegel.

La teoria Kantiana della pena, che tanto influenzò le elaborazioni successive della retribuzione, muove dalla concezione dell'uomo come «personalità», per cui l'uomo non può essere usato come

¹⁹⁷ F. Antilosei, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano 1955, pp 480-485.

mezzo per qualsiasi scopo, né trattato alla stregua di una cosa.¹⁹⁸ Di conseguenza la pena non può trovare la propria giustificazione nel perseguimento dell'utile della società né del reo stesso, ma deve avere un fondamento etico assoluto: ciò significa che la pena è soltanto la realizzazione dell'idea di giustizia, attuabile solo attraverso la retribuzione. Dopo aver affermato che la pena deve essere inflitta al colpevole semplicemente perché ha commesso un delitto, Kant, definisce la legge penale come un imperativo categorico, che deve avere la sua validità indipendentemente dagli scopi di utilità che si volessero perseguire nell'infliggere la pena.¹⁹⁹ In tal modo Kant assimila un concetto giuridico, quale la legge penale, al concetto morale per eccellenza, al concetto su cui si fonda l'intera sua filosofia morale: l'imperativo categorico. Infatti, a differenza degli imperativi ipotetici che prescrivono dei mezzi in vista di determinati fini e assumono la forma del «se...devi», l'imperativo categorico ordina, invece, il dovere in modo incondizionato, ossia a prescindere da qualsiasi scopo ed ha la formula del «devi» semplice e puro. Ora, essendo la morale strutturalmente incondizionata, cioè indipendente dagli impulsi e dalle mutevoli circostanze - da ciò il c.d. rigorismo kantiano, che esclude, dal recinto dell'etica, emozioni e sentimenti, che sviano la morale, oppure, quando collaborano con essa, ne inquinano la severa purezza - risulta evidente che essa non potrà risiedere negli

¹⁹⁸ I. Kant, *Metafisica dei costumi*, 1797, pp. 520-521: «agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo». In questo contesto la parola «fine» indica quella caratteristica fondamentale della persona umana che risiede nell'essere "scopo a se stessa", facendo sì che ad essa venga riconosciuta la prerogativa di essere soggetto e non oggetto. Tant'è vero che Kant sostiene che la morale istituisce il regno dei fini, ossia una comunità ideale di libere persone, che vivono secondo le leggi della morale e si riconoscono dignità a vicenda.

¹⁹⁹ I. Kant, *Metafisica dei costumi*, 1797, ed. a cura di K. Vorländer, Amburgo 1922, ristampa 1966, pp. 158-159: trad. ital. in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto di Immanuel Kant*, trad. G. Solari e G. Vidari, a cura di N. Bobbio, L. Firpo e V. Mathieu, II ed., «Classici politici», UTET, Torino 1965, p. 521.

imperativi ipotetici, che sono, per definizione, condizionati e variabili. Solo l'imperativo categorico, in quanto incondizionato, ha i connotati della legge, ovvero di un comando che vale in modo perentorio per tutte le persone e per tutte le circostanze. In conclusione, solo l'imperativo categorico, che ordina un «devi» assoluto, e quindi universale e necessario, ha in se stesso i contrassegni della moralità. Ciò significa che, in una dimensione retributivistica, il filosofo di Königsberg concepiva la pena come contro-prezzo da pagare per aver infranto quell'unico sentimento ad aver diritto di cittadinanza: il rispetto etico della legge.

Hegel, a giudizio di alcuni giuristi italiani come Mario Cattaneo e Luigi Ferrajoli, non può essere considerato come il tipico sostenitore della retribuzione giuridica della pena, bensì di quella morale. È vero che nella celebre opera *Lineamenti di filosofia del diritto* la pena, intesa in senso retributivo, è presentata in un certo senso come restaurazione dell'ordinamento giuridico violato: il procedimento di fondazione del concetto di pena ha natura essenzialmente filosofica ed è condotto con il metodo dialettico proprio della filosofia hegeliana secondo la triade diritto - reato - pena. Il reato è per Hegel violazione del diritto e benché esso abbia un'esistenza positiva, è in sé nullo: la sua nullità consiste nell'aver eliminato il diritto in quanto tale. Se quindi il reato è negazione del diritto, la pena è una negazione della negazione e quindi riaffermazione del diritto. La pena, quindi, è retribuzione, giustificata dalla necessità di riparare il diritto con una violenza contraria che ristabilisca l'ordine legale violato. Infatti, il filosofo tedesco afferma: «la violenza, per il fatto che si distrugge nel suo concetto, ha la reale spiegazione del perché la violenza è annullata dalla violenza; essa quindi, è, non soltanto condizionatamente giuridica, ma necessaria - cioè in quanto seconda violenza, che è annullamento di una prima violenza. L'avvenuta violazione del diritto, in quanto diritto, è, bensì un'esistenza positiva,

estriore; ma in sé nulla. La manifestazione di questa sua nullità è l'annullamento di quella sua lesione, che appunto viene ad esistere; è la realtà del diritto, in quanto sua necessità che si concilia con sé, mediante l'annullamento della sua violazione. In questa discussione importa unicamente che il delitto deve annullarsi, non come l'arrecamento di un male, ma come violazione del diritto in quanto diritto. L'annullamento del delitto, in questa sfera dell'immediatezza del diritto, è principalmente vendetta, giusta, secondo il contenuto, in quanto è taglione»²⁰⁰. La pena, intesa come una riaffermazione potenziata del diritto, ovvero come una negazione del delitto, il quale è a sua volta una negazione del diritto, appare quindi, agli occhi di Hegel, come una necessità oggettiva del nostro razionale e giuridico vivere insieme, tant'è vero che egli, sviluppando per suo conto la teoria fichtiana secondo cui, in virtù della pena, si ha il rispristino del cittadino nel criminale, giunge a scrivere che, grazie alla pena, il delinquente risulta «onorato come essere razionale». Tuttavia - ed è questo il punto in virtù del quale possiamo affermare che Hegel è un tipico sostenitore della concezione retributiva morale - perché la pena sia efficacemente punitiva e formativa e non vendicativa, occorre che essa sia riconosciuta interiormente come giusta ed adeguata non solo dal colpevole, ma anche da chi ha subito il delitto e da tutta la società.²⁰¹ Questa esigenza, segna il trapasso dal diritto alla moralità (cioè dal primo al secondo momento dello spirito oggettivo), dalla volontà in sé, alla volontà per sé infinita, ovvero da persona a soggetto. Inoltre, per rafforzare ulteriormente il punto di vista retributivo-morale, non bisogna dimenticare che tutta la concezione filosofico-giuridico hegeliana ha una base etica perché è fondata

²⁰⁰ G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., pp. 92-95.

²⁰¹ Per Hegel, la pena di morte, per esempio, può essere considerata giusta se la società che la pretende la ritiene conforme al delitto commesso.

sull'idea che lo Stato è «sostanza etica consapevole in sé»²⁰² e rappresenta l'incarnazione suprema della moralità sociale e del bene comune. Per questi motivi, possiamo affermare che Hegel debba essere considerato un sostenitore della teoria della retribuzione morale della pena.

Tra i sostenitori della retribuzione giuridica della pena possiamo annoverare invece l'italiano Enrico Pessina. Per questo autore due sono i mezzi della lotta per il diritto: la prevenzione e la repressione. Poiché, la prima non ottiene sempre il suo scopo è, necessaria la seconda per riparare il male avvenuto. Per il Pessina, il male avvenuto è l'infrangimento del diritto e il disconoscimento della sua autorità inviolabile. La società giuridica non può celebrare il trionfo del diritto senza ritorcere la forza di quest'ultimo contro le forze individuali e questa ritorsione o retribuzione giuridica è appunto la punizione con cui vien represso il maleficio. Questa riaffermazione dell'inviolabilità del diritto non è vendetta sotto la forma mistica dell'espiazione: essa è invece l'unico mezzo per affermare che il diritto è inviolabile, mostrando che l'attività umana, infrangendo i dettati del diritto frange se stessa.²⁰³ Per il Pessina, mentre «la teoria della retribuzione morale cade nel vizio di confondere il dominio della moralità con l'ordine giuridico senza ben discernere la espiazione giuridica dall'espiazione puramente morale, la retribuzione giuridica può resistere a diverse obiezioni una delle quali è che la retribuzione sia avvisata come retribuzione giuridica e non come morale retribuzione di male per male»²⁰⁴. La pena, infatti, viene definita come «l'atto della società umana che in nome del

²⁰² Mentre la moralità è la volontà soggettiva, cioè interiore e privata, del bene, l'eticità, che rappresenta il terzo stadio dello spirito oggettivo, è la moralità sociale, ovvero la realizzazione del bene in quelle forme istituzionali che sono la famiglia, la società civile e lo stato.

²⁰³ E. Pessina, *Manuale del diritto penale italiano*, Parte I, Napoli 1893, pp. 10-11.

²⁰⁴ E. Pessina, *Manuale del diritto penale italiano*, Parte I, Napoli, 1893, pp. 19.20.

diritto violato sottopone il delinquente ad una sofferenza come un mezzo indispensabile per la riaffermazione del diritto».²⁰⁵

Si sente indubbiamente nel pensiero del Pessina, l'influenza di un noto assertore della teoria della retribuzione giuridica: Francesco Carrara. Nella sua celebre opera *Programma del Corso di Diritto Criminale*, il Carrara afferma che «il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno della società».²⁰⁶ L'ordine esterno che viene ristabilito mediante la pena è appunto l'ordine giuridico. Tuttavia in un'altra opera, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, il criminalista italiano, indica quale funzione della pena la tutela giuridica, ovvero la protezione dei diritti violati. Sostiene il Carrara: «noi diciamo che l'uomo ha dei diritti: che il diritto è e deve essere per la natura stessa dell'uomo. Se dunque la legge giuridica esiste e deve esistere nella umanità, è necessità logica riconoscere nella medesima il contenuto di una sanzione, perché senza sanzione la legge è consiglio e non è più legge. E questa sanzione, consistente nel privare di un diritto chi negli altri ha violato il diritto, è l'unico contenuto possibile della legge giuridica; ed è congenito alla essenza sua, perché essa ai diritti che concede ad ogni individuo appone il limite di non violare il diritto degli altri». Subito dopo egli afferma: «adagiato su questa base il sistema della tutela giuridica spiega come l'autorità sociale eserciti la punizione, non per l'idea astratta di render male per il male, ma perché in lei si concentra la potestà che ad ogni individuo pertiene di difendere il proprio diritto».²⁰⁷

Tra gli studiosi non italiani, riconducibili ai paladini della concezione della retribuzione giuridica e che hanno compiuto vanamente il

²⁰⁵ E. Pessina, op. cit., p. III.

²⁰⁶ F. Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, IV ed., Parte generale, Lucca 1871, 615, § p. 404.

²⁰⁷ F. Carrara, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, vol. I, Lucca 1870, pp. 260-261.

tentativo di svilupparne una autonoma teoria, è necessario ricordare il tedesco Jhoannes Nagler e l'inglese J. D. Mabbot.

Per il Nagler il principio della pena è «la retribuzione giuridica della violazione colpevole del diritto».²⁰⁸ Egli sottolinea ripetutamente il carattere specificatamente giuridico della natura retributiva della pena: «la sostanza retributiva della pena è specificatamente giuridica. Essa poggia completamente sull'impulso collettivo alla compensazione della comunità giuridica e sulla sanzione dell'organizzazione giuridica. Anche se nella società non sono presenti spinte o esigenze di reazione morale, la retribuzione giuridica deve fare il suo corso».

La pena, per il filosofo tedesco, trova nel reato il proprio fondamento reale ed esprime l'intima corrispondenza fra questo e la relazione giuridica: soltanto in questo modo si evita l'arbitrio naturalmente insito in altre concezioni della funzione penale. In questa prospettiva valgono due principi: in base al primo, la pena può essere inflitta soltanto a causa della colpa; in base al secondo, la misura della pena deve essere adattata alla colpa. Inoltre, concependo la retribuzione come la diagonale fra l'interesse comune e l'interesse individuale, il colpevole deve meritare soltanto la sanzione che rimane nei limiti corrispondenti alla sua violazione del diritto. Nella cornice di quest'ultima concezione, il Nagler inserisce anche il principio della proporzione fra delitto e pena.

In conclusione, questo autore si dichiara contrario a ogni assolutizzazione della funzione della pena e rifiuta l'idea che la stessa non sia finalizzata alla comunità giuridica, ma abbia uno scopo in se stessa: la retribuzione è per lui un principio terreno e secolarizzato e non ha valore assoluto; come l'intero ordinamento giuridico è solo un mezzo per uno scopo superiore, altrettanto deve

²⁰⁸ J. Nagler, *Die Strafe*. cit., p. 568.

valere per le sue singole istituzioni dove la pena non fa eccezione.²⁰⁹

Due considerazioni vengono alla mente dallo studio di queste concezioni: da un lato, l'elaborazione e la difesa dei principi - quali la corrispondenza fra pena e colpa, le garanzie dello Stato di diritto, la proporzione fra delitto e pena - che sono imprescindibili per una concezione del problema penale che non voglia rinunciare alla giustizia e alla umanità, non trovano giustificazione e fondamento in quei Paesi che, rivendicando costantemente il proprio diritto di/ ad uccidere, considerano la pena capitale il proprio prediletto strumento per la salvaguardia dell'ordine sociale.

A tal proposito è opportuno domandarci: la pena capitale, può essere considerata una sanzione proporzionata al delitto commesso come un omicidio? Pur condannando categoricamente l'uccisione di ogni essere umano, è giusto rispondere della vita altrui con la propria vita? Un ordinamento giuridico come quello Americano che vede la costituzionalizzazione di principi supremi naturali, quali la vita, la proprietà, la felicità (quest'ultima costituzionalizzata nella Dichiarazione di Indipendenza del 4 luglio del 1776), come giustifica la presenza della pena di morte? Sono tutti interrogativi che dobbiamo, per il momento, lasciar in sospeso, affinché la virtù del dubbio ci spinga a cercare delle risposte.

Dall'altro lato, però, non riusciamo a renderci pienamente conto di quali siano, nella sua interpretazione, gli elementi che danno significato positivo alla retribuzione intesa in modo autonomo.

Il Nagler, è vero, insiste ripetutamente sul significato giuridico dell'idea di retribuzione da lui difesa, che la qualifica in modo autonomo dalla retribuzione morale. Ma che cosa significa retribuzione giuridica? Il Nagler non lo spiega, e si limita a indicare tale carattere in modo negativo, affermando che la retribuzione così

²⁰⁹ J. Nagler, *Die Strafe*, cit., pp 733-734: «la mancanza dello scopo è identica alla irragionevolezza. Non vi è spazio per una salita dell'istituzione penale nella sfera dell'assoluto».

intesa continua ad avere valore anche se sono assenti nella società spinte retributive di altro tipo (morale, religioso, psicologico). Inoltre, il pensatore tedesco, rifiuta l'idea che la retribuzione giuridica sia fine a se stessa, e cerca anzi di collegarla a idee ed elementi di scopo e di utilità, verso cui tende l'intero ordinamento giuridico in cui l'istituto della pena è inserito. Questo significa due cose. In primo luogo che il Nagler svolge una teoria della pena che prende in considerazione soltanto il momento dell'irrogazione e dell'esecuzione di essa. Ciò è confermato dal fatto che egli esclude la prevenzione generale dall'ambito della pena, rinviandola fra i compiti generali dell'ordinamento giuridico.²¹⁰ In secondo luogo, ciò significa che il Nagler, rifiuta di ricondurre la propria dottrina nell'ambito delle cosiddette teorie assolute della pena, che concepiscono la pena come un fine in sé, cioè le teorie che costituiscono la quintessenza del retributivismo. In tal modo, la dottrina del Nagler, è accettabile anche per coloro i quali non si sentono di aderire all'idea - caratteristica della retribuzione nel suo significato primario e originario - secondo cui è moralmente giusto «ripagare il male con il male». Egli, ha così buon gioco nel respingere diverse critiche alla teoria retributiva, frutto a suo giudizio, di incomprensione, le quali sono in realtà infondate soltanto se riferite al tipo di retribuzione da lui sostenuto, come ad esempio l'identificazione di retribuzione e vendetta.

In definitiva, la concezione del Nagler risulta essere equilibrata ed accettabile ma, a causa delle forti differenze che essa presenta nei confronti delle tipiche dottrine retributivistiche, sembra fuorviante considerare che il filosofo tedesco sia riuscito a partorire una autonoma teoria della retribuzione giuridica.

²¹⁰ J. Nagler, *Die Strafe*. cit., pp. 566-567: «la prevenzione generale non è compito della pena. La cosiddetta prevenzione generale rientra nel suo ambito, soltanto nella misura in cui l'istituzione della pena che si fonda nella retribuzione sta nel suo insieme al servizio dell'ordinamento giuridico».

Anche il Mabbott, in uno scritto del 1939, dal titolo *Punishment*, respinge, dalla nozione di retribuzione penale, l'idea di retribuzione morale, affermando che «nessuna pena è moralmente retributiva o riformatrice o intimidatrice, ed ogni criminale punito per qualcuna di queste ragioni è certamente punito ingiustamente e la sola giustificazione per punirlo è che egli ha violato la legge». Il filosofo inglese, fonda la sua teoria retributiva su una stretta connessione fra la punizione giuridica e la violazione della legge, e critica espressamente la concezione della retribuzione morale. Egli infatti afferma: «criminale significa un uomo che ha violato la legge, non un uomo cattivo; un innocente è un uomo che non ha violato la legge rispetto alla quale egli è punito, benché possa essere un uomo cattivo e aver violato altre leggi. In questo io dissento da tutti coloro che sostengono che la connessione essenziale è quella fra pena e male morale o sociale. Questa connessione è fra pena e delitto, non fra pena e illecito morale».²¹¹ Il Mabbott ha totalmente disancorato la funzione della pena dalla legge penale. Egli infatti non nega che la scelta del contenuto delle leggi possa venire determinato da motivi utilitaristici, ma considera questo fatto come del tutto irrilevante per il problema della giustificazione della pena. Quest'ultima non è il corollario della legge, ma della violazione della legge stessa; i legislatori non decidono di punire, e sperano che non vi sia concretamente bisogno di farlo; è il criminale a compiere la scelta punitiva e a «prendere la pena su di sé». Ma nell'ampia sfera di comportamenti in cui la popolazione obbedisce, la legge raggiunge i propri scopi senza bisogno della pena.²¹² D'altra parte, per la dottrina

²¹¹ J. D. Mabbott, *Punishment*, cit., pp. 41-42.

²¹² J. D. Mabbott, *Punishment* cit., pp. 48-49. «Prevenzione e direzione del comportamento è l'unica risposta adeguata dove si tratti di chiarirsi quale sia lo scopo della legislazione penale. Retribuzione, cioè il requisito, di una colpa (nesso di causalità, colpevolezza, imputabilità) come presupposto di una pena, è l'unica risposta adeguata, laddove si tratti delle considerazioni morali che limitano il diritto dello Stato di utilizzare la pena come strumento di direzione della condotta umana».

del Mabbott (come del resto quella del Nagler) non risulta essere una teoria completa della funzione penale, in quanto si limita a focalizzare l'attenzione al solo momento dell'esecuzione della pena nel caso concreto, lasciando da parte il problema della legge penale generale, la quale, a suo giudizio, può anche prefiggersi il raggiungimento di scopi utilitaristici e quindi di prevenzione. Perciò la tesi del filosofo inglese costituisce l'affermazione e la rivendicazione di un limite essenziale per la funzione penale: il principio secondo cui la legge può essere legittimamente inflitta a chi, e soltanto a chi, ha violato la legge. Nonostante lo sforzo di escludere il giudizio morale dalla valutazione giuridica del crimine, il Mabbott non è riuscito a sviluppare una compiuta ed autonoma teoria della retribuzione giuridica per quanto riguarda l'aspetto positivo dell'attribuzione alla pena di una specifica funzione; la sua dottrina stabilisce le condizioni e i limiti della punibilità, ma non attribuisce alla pena uno scopo e non le dà una giustificazione.

Nonostante gli incessanti sforzi da parte del Nagler e del Mabbott di fondare una concezione autonoma di retribuzione giuridica, come una categoria scevra da ogni riferimento etico-morale, sembra che il significato più pregnante e caratteristico della teoria della retribuzione penale sia quello corrispondente alla retribuzione morale.

A confermare questo assunto, intervengono nel panorama del problema filosofico della pena, un illustre giurista italiano del primo Ottocento, Pellegrino Rossi, e successivamente le opinioni di un penalista cattolico italiano, sostenitore dell'idea retributiva, Giuseppe Bettiol.

Pellegrino Rossi, che è uno dei più noti rappresentanti della Scuola classica di diritto penale, fonda il sistema della giustizia penale, e il diritto di punire, sull'idea di «un ordine morale preesistente in tutte le cose, eterno, immutabile», il quale «comprende tutto ciò che è

bene in sé medesimo».²¹³ Nei confronti del delitto «la società, entro i limiti di quel dovere che le impone di conservarsi, ha il diritto di rendere male per male»;²¹⁴ la pena è per lui «la retribuzione fatta da un giudice legittimo, con ponderazione e misura del male per il male».²¹⁵ La dottrina di Rossi si può quindi definire un caso paradigmatico di teoria della retribuzione morale, poiché stabilisce quale essenza e fine della pena il «rendere male per male» e fonda la giustizia penale su un principio morale.²¹⁶

Il Bettiol è forse il più tipico seguace della dottrina della retribuzione morale. Per lui la retribuzione è «una nozione pregna di contenuto morale, innestata nei concreti valori della vita, espressione di un'esigenza etica senza la quale non è dato pensare una vita umana. Essa è l'espressione più tipica e marcata di quella esigenza che a male debba seguir male come a bene debba seguir bene, la quale è veramente scolpita nel cuore degli uomini».²¹⁷ Egli dichiara inoltre che «l'esigenza che a male segua male non è affatto espressione di un disordinato istinto primordiale di reazione contro il torto, ma è espressione di un sentimento di giustizia che postula un castigo per i rei senza di che verrebbe meno il fondamento etico della società civile».²¹⁸ La posizione di Bettiol si spiega in ultima analisi, con il fatto di essere radicata in una concezione tendente a non separare il diritto e la morale; egli afferma ancora infatti che «la vera retribuzione è la retribuzione morale. La pena è sì retribuzione

²¹³ Pellegrino Rossi, *Trattato di diritto penale*, trad. ital., Milano, 1852 p.143.

²¹⁴ Pellegrino Rossi, *Trattato cit.*, p.151.

²¹⁵ Pellegrino Rossi, *Trattato cit.*, p.159. V. anche p.361, dove Rossi riconnette il fine della pena a «questo eterno e immutabile principio: il male retribuito dal male, all'autore ed in proporzione di questo male».

²¹⁶ Pellegrino Rossi, *Trattato cit.*, p.89. «Tutte le teorie del diritto di punire, tal qual è esercitato dalla società, possono esser poste sotto due capi: quelle che rimontano ad un principio morale, quelle che hanno per base unica un fatto, un interesse materiale; in altri termini, le une rimontano al giusto, le altre s'arrestano all'utile»

²¹⁷ G. Bettiol, *Il problema penale*, Palermo 1948, p. 108.

²¹⁸ G. Bettiol, *Diritto penale*, Parte generale, IV ed., Palermo 1958, p. 561.

giuridica, ma in quanto il diritto ha un significato e valore etico, la pena è nella sua essenza retribuzione morale».²¹⁹

La teoria della retribuzione penale, nella sua accezione sia giuridica che morale, ha ricevuto molte efficaci e persuasive critiche: queste si basano soprattutto sull'individuazione, alla radice di essa, dell'idea della vendetta, nonché sul carattere chiuso, esclusivamente rivolto al passato senza aperture verso un valore positivo futuro.

Le critiche maggiori e più sistematiche nei confronti della teoria della retribuzione sono state svolte dai filosofi e dai giuristi che si richiamano al giusnaturalismo moderno, all'illuminismo e al criticismo kantiano. Tra questi autori è doveroso ricordare: Grozio, il quale afferma che «non è lecito punire al solo scopo di trarre soddisfazione dalle sofferenze altrui»; Cesare Beccaria, dove nel suo celebre libro *Dei delitti e delle pene*, dichiara che «il fine delle pene non è di tormentare e di affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso»;²²⁰ Schopenhauer, che in polemica con Kant, rimprovera alla teoria retributiva di essere basata su uno spirito di crudeltà: «ogni retribuzione dell'illecito mediante l'inflizione di un dolore, senza scopo per il futuro, è vendetta, e non può avere altro fine, se non quello di consolarsi, della propria sofferenza, per mezzo della sofferenza procurata ad altri. Questa è malvagità e crudeltà e non giustificabile eticamente. Perciò la teoria di Kant come mera retribuzione fine a se stessa, è una concezione del tutto infondata e assurda».²²¹

²¹⁹ G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 557. È poi anche naturale, che anche un autore tendente a non distinguere, bensì ad assimilare tra loro, diritto e morale, e che è anche un sostenitore della teoria della pena come emenda, intenda la retribuzione penale come avente unicamente natura morale. Ma si ricordi anche la fondazione etico-pedagogica della pena di morte a opera dello stesso penalista: «la pena di morte, in quanto scuote l'anima del condannato, mette questa a contatto con i più alti valori morali e religiosi e può determinare una *conversio ad Deum* che illumina a ritroso, sia pure dagli ultimi istanti, tutta la vita».

²²⁰ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, XV. V

²²¹ A. Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, libro IV, § 62, II ed., Brockhaus, Leipzig 198, II vol., p. 411.

Compiendo in avanti un salto acrobatico nel tempo, si possono ricordare, anche alcune osservazioni di autori contemporanei, i quali si sono posti sostanzialmente nello stesso ordine di idee. In particolare il giurista Allen, ha sottolineato l'immoralità dell'idea che sta alla base della retribuzione: «la forma cruda di questa concezione della giustizia è la legge primitiva del rendere bene per bene e male per male. Si tratta di una disposizione molto umana ma altamente immorale».²²²

Il principio per cui il male non può venire superato con il male, bensì con il bene, è stato affermato dal Del Vecchio: questi in primo luogo, critica lo specifico retributivismo kantiano, fondato sulla doverosità (derivante dal carattere di imperativo categorico della legge penale), del ricambiare il male con il male, affermando che «ricambiare il male con il male, nella stessa misura, è la maniera più ovvia, ma non la più vera, per ristabilire il turbato equilibrio: il male si ripara veramente solo col bene. Al *malum actionis* costituito dal delitto, si deve opporre come esigenza della giustizia non tanto un *malum passionis*, quanto un *bonum actionis*, ossia un'attività in senso contrario dell'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile».²²³

Tuttavia, nonostante le critiche, l'idea di retribuzione, contiene anche, degli aspetti o elementi, che dal punto di vista morale e umanitario, rappresentano delle autentiche conquiste di civiltà. In primo luogo, la teoria retributiva pone in evidenza il principio della *distribution*, (per usare una terminologia di H. L. Hart) che include due aspetti: la personalità della pena, in quanto il corrispettivo del male non può che essere applicato all'autore del male, e la proporzionalità della pena, in quanto il male subito costituisce il corrispettivo del male inflitto se ed in quanto sia a questo

²²² C. K. Allen, *Aspect of Justice*, London 1958, pp. 78.

²²³ G. Del Vecchio, *Sul fondamento della giustizia penale*, Appendice a *La giustizia*, III^a ed., Roma 1946, pp. 183-184.

proporzionato. Ed è proprio nella proporzionalità che si trova la forza morale, la giustizia della pena dal punto di vista retributivo. L'idea della proporzionalità, segna il passaggio dalla *vendetta*, che è emozione non controllata dalla ragione e spesso sproporzionata all'entità del male subito, alla *pena* che è atto di ragione e quindi reazione proporzionata. Anche se al fondo della pena può darsi sia rintracciabile un motivo emozionale ed istintuale, esso viene però considerato come motivo subordinato o al più concorrente con il vero e proprio motivo razionale-retributivo. Intesa in senso etico la proporzionalità, costituisce un affinamento della pena veterotestamentaria del taglione, sia perché alla meccanicistica equivalenza (riproduzione del reato in danno dell'agente) ha sostituito forme di equivalenza simboliche (es. pena pecuniaria), sia anche perché tiene conto della colpevolezza precedentemente trascurata.

In secondo luogo, la concezione retributiva sancisce il principio della determinatezza della pena, in quanto la pena, dovendo essere proporzionata ad un male determinato, non può non essere anch'essa determinata. L'applicazione di una pena indeterminata è un non senso dal punto di vista retributivo.

In terzo luogo, l'ultima conquista della concezione retributiva della pena, consiste nella inderogabilità della pena, nel senso che la pena, in quanto corrispettivo, deve essere sempre e necessariamente scontata dal reo.²²⁴

L'ancoramento della pena ai principi di personalità, proporzionalità determinatezza ed inderogabilità è una garanzia essenziale di certezza giuridica offerta dallo Stato di diritto e, ai principi dello

²²⁴ S. Ciappi – A. Coluccia, *Giustizia criminale*, Milano 1997, p. 14. Gli autori, sottolineano con chiarezza, che è merito della Scuola classica se si fa strada una concezione della pena come giusta retribuzione, poiché, essa rivendica “in nome del diritto naturale, le ragioni di garanzia ed i diritti dell'individuo in opposizione all'autoritarismo ed alla ferocia delle pene”.

Stato di diritto, la funzione e il fondamento della pena deve venire costantemente ricondotta, se si vuole evitare che essa leda i valori di libertà e di umanità.

4.2.2 TEORIA DELLA PREVENZIONE SOCIALE

La graduale presa di coscienza che il crimine, come il male, è l'espressione dell'imperfezione dell'uomo ma anche della società, che ne è corresponsabile, ha indotto ad ampliare gli orizzonti al campo sociale. Difatti, il modello più tipico di dottrina penale «relativa», rivolta al futuro, ovvero, per usare una terminologia prevalente nel mondo anglosassone, «utilitaristica», è la teoria della prevenzione. Nata per far fronte alle connaturali e constatate insufficienze delle idee della retribuzione e della responsabilità, secondo questa concezione, lo scopo e la funzione della pena consistono nel prevenire la commissione dei delitti. Si deve, però fare una precisazione circa il termine che denota la concezione in esame: in questo contesto il termine «prevenzione», deve essere inteso come sinonimo del termine «intimidazione»; infatti, i termini, di largo uso in campo penalistico, corrispondenti all'italiano «prevenzione», sono in tedesco «*Abdchreckung*» - che significa letteralmente «intimidazione» - e l'inglese «*deterrent*» o «*deterrence*» che implicano l'idea di «distogliere qualcuno da qualcosa». Questa precisazione terminologica è necessaria, in quanto consente di affermare che la teoria della prevenzione sociale considera la pena come sanzione giuridica avente efficacia deterrente.

Fino all'epoca illuministica, la teoria della prevenzione (o intimidazione penale), è stata espressa o sostenuta in modo generico o indifferenziato, con puro e semplice riferimento all'idea per cui il timore delle pene deve distogliere dalla commissione del delitto. Soltanto con il criticismo kantiano, con autori come Feuerbach e Grolman, il concetto di prevenzione penale viene analizzato e

scomposto nei suoi elementi, per cui, entro il suo ambito, vengono a differenziarsi e anche a contrapposti diversi tipi di «prevenzione». Possiamo, dunque, distinguere tre tipi di teorie della prevenzione.

4.2.2.1 TEORIA DELLA PREVENZIONE GENERALE O DELL'INTIMIDAZIONE ATTUATA PER MEZZO DELL'ESECUZIONE DELLA PENA

Il primo tipo è rappresentato da quella che si può definire come la concezione della «prevenzione o intimidazione generale attuata mediante l'inflizione della pena». Secondo tale teoria l'esecuzione della pena nei confronti del colpevole serve, attraverso l'impressione di timore che essa suscita, a distogliere gli altri membri della società dalla commissione dei delitti. Usando una diversa terminologia per esprimere lo stesso concetto, si può dire che la pena inflitta al delinquente serve da esempio per i consociati. Sia perché non si riconosce allo Stato il compito sovrumano, proprio della giustizia divina, di commisurare il castigo, sia perché la pena rappresenta un grave onere per la collettività, essa non può essere usata che per ragioni di necessità pratica attinenti alla conservazione e allo sviluppo della vita associata. Costituendo in un male proporzionato al piacere conseguibile col reato, la pena agisce psicologicamente come contropinta rispetto al desiderio di procurarsi quel piacere, che costituisce la spinta criminosa. E tale funzione essa svolge, sia nel momento in cui è minacciata, sia nel momento in cui è applicata ed eseguita, in quanto perderebbe ogni efficacia intimidatrice per il futuro una pena minacciata ma non effettivamente eseguita. Si è, invero, obiettato che, assegnando alla pena uno scopo intimidatorio, si dovrebbe giungere alla conclusione che le pene debbono essere il più possibili dure e crudeli. È chiaro il riferimento alla massima asprezza punitiva: la «pena esemplare». Per «pena esemplare» si intende una sanzione di particolare severità, superiore all'effettiva

colpa del delinquente a cui viene inflitta, o alla gravità del fatto da lui commesso, la quale viene comminata tenendo conto delle circostanze concrete, allo scopo di dare un esempio per intimorire gli altri, in occasione di delitti particolarmente diffusi o di fronte a situazioni di particolare allarme sociale. La pena esemplare lede, tuttavia, l'esigenza della colpa quale limite della pena: l'esigenza, cioè, che la pena inflitta al singolo colpevole non superi l'effettiva misura della sua colpa. Oggi, tuttavia, viene respinta l'antica e grossolana teoria del castigo esemplare, secondo cui l'effetto di trattenere gli individui propensi al delitto si otterrebbe mediante pene severe ed anche crudeli, da eseguirsi pubblicamente. La stessa esperienza insegna che solo una pena equa ed umana, non terroristica e crudele, può assolvere il compito di prevenzione. Da un punto di vista generale, però, l'idea della esecuzione penale quale esempio per gli altri presenta il grave difetto di concepire e trattare il colpevole - che è sempre un essere umano - alla stregua di un mezzo per un fine che è a lui estraneo ed è proprio della società. A tale riguardo, rimane sempre valida e inconfutabile l'obiezione di Kant, secondo cui «l'uomo non può mai essere trattato come un mezzo per fissi fini di un altro e confuso con gli oggetti del diritto delle cose, poiché da ciò lo protegge la sua personalità innata».²²⁵

In sostanza, il fondamentale carattere negativo della funzione di intimidazione generale attribuita alla esecuzione della pena sta nel fatto che porta naturalmente, per fini di prevenzione e di esempio, a infliggere una pena sproporzionata al delitto (cioè di severità di gran lunga eccessiva rispetto alla gravità di questo).²²⁶ Il punto terminale a cui può giungere questa dottrina, è il «terrorismo penale» o «diritto

²²⁵ I. Kant, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 520.

²²⁶ Un esempio di tale punto di vista è data dal giudice Burnet il quale, all'imputato condannato a morte per furto di cavalli, che protestava per la sproporzione della pena, rispondeva: «*Man, thou art to be hanged for stealing a horse, but that horses may not be stolen*». «Uomo, non verrai impiccato per avere rubato un cavallo, ma perché i cavalli non devono essere rubati».

penale terroristico»): un sistema fondato primariamente sull'intimidazione, che non rifugge, per raggiungere i suoi scopi, dal comminare pene particolarmente severe e dal fare un ampio uso della pena di morte.

4.2.2.2 TEORIA DELLA PREVENZIONE SPECIALE

Il secondo tipo di prevenzione penale è quello che va sotto il nome di «prevenzione speciale». Questa teoria attribuisce alla inflizione della pena uno scopo di intimidazione nei confronti del singolo reo, e quindi una prevenzione di futuri delitti commessi dallo stesso colpevole punito. Quindi possiamo affermare che la teoria della prevenzione speciale o individuale consiste nel complesso di misure neutralizzatrici, terapeutiche, rieducative e risocializzatrici, volte ad impedire che il singolo individuo cada o ricada nel delitto. Occorre però, distinguere tra l'esigenza, indubbia, della prevenzione speciale e la attuale capacità, del tutto limitata, delle scienze criminali di soddisfare tale esigenza.

L'esigenza special-preventiva, è imposta dalla constatazione empirica della insufficienza della prevenzione generale. Costante di tutti i tempi e paesi, quale ne sia il sistema sociale e politico, è l'esistenza di soggetti che commettono e ricommettono reati, rispetto ai quali l'efficacia intimidatrice della pena non ha funzionato ed occorre, perciò, operare in termini di prevenzione individualizzata. Coloro che ricadono nel reato sono soggetti non riconoscentesi nei valori legislativi o costituzionali e, per i quali, la pena non costituisce un deterrente. Il loro comportamento criminoso è, infatti, la manifestazione di una malattia o di una anormalità psichica, oppure di un condizionamento sociale antitetico a quello legislativo, o di una acquisita abitudine incoercibile al delitto, o di una ribellione in funzione rivoluzionaria, o di una strumentalizzazione criminosa da parte di una personalità dominante (es.: plagio). Oppure si tratta di soggetti che, pur riconoscendo la validità dei precetti legislativi e

temendone la sanzione, delinquono per una incapacità di frenare gli impulsi che spingono alla condotta antisociale: soggetti solo apparentemente antisociali e che sono considerati, verosimilmente, quelli cui può efficacemente dirigersi un programma di rieducazione. Compito fondamentale è individuare questa categorie di soggetti, rispetto ai quali la prevenzione opererà, su taluni, in termini di terapia, su altri in termini di rieducazione sociale, e su altri ancora in termini soprattutto di neutralizzazione, trattandosi di situazioni pressoché irreversibili (es.: i grandi boss mafiosi, certi delinquenti ideologici per cui il martirio è indice di vittoria).

Inoltre, è opportuno distinguere tra: prevenzione speciale *post delictum* e prevenzione speciale *ante delictum*.

La prevenzione speciale *post delictum*, mira ad evitare che colui che ha già commesso un reato, ne commetta altri: tradizionalmente tale funzione fu affidata alla sola pena che, mentre nella fase della minaccia ha una funzione di prevenzione generale, nella fase di irrogazione ha, innanzitutto, una finalità di dissuasione speciale. Intesa, modernamente, come terapia, rieducazione e risocializzazione, essa fu dapprima propria delle «misure di sicurezza», poi si estese anche alla «pena», allorché questa assunse anche una finalità rieducativa, fino a confluire nel più ampio concetto di «trattamento». Con il c.d. diritto alla risocializzazione, la prevenzione speciale si è venuta incentrando sul trattamento individualizzato, che abbraccia il complesso delle misure utilizzabili ai fini della risocializzazione del delinquente. Oggetto di ampi studi, il problema del trattamento ha dato luogo ad esperimenti penitenziari e para-penitenziari di particolare interesse. Ne sono principi informatori: a) la creazione legislativa di un ampio sistema differenziato di misure in contrapposizione alla sola pena detentiva; b) l'esame scientifico della personalità dell'autore del reato; c) la individualizzazione delle misure applicabili e della loro esecuzione.

Compiti questi ultimi, sono affidati alla criminologia clinica. Nel suo carattere pratico-operativo, questa utilizza le conoscenze multidisciplinari della criminologia generale al triplice fine della diagnosi della personalità, della individualizzazione del concreto trattamento penale e penitenziario, della prognosi sul comportamento futuro del singolo soggetto. Ma anche in questo caso, la storia è testimone di vicende che nulla hanno a che vedere con il suddetto diritto/dovere alla risocializzazione: negli USA la pena capitale, viene eseguita proprio all'interno di quelle stesse strutture penitenziarie che dovrebbe favorire, attraverso trattamenti psicologici, sociali e risocializzativi, il reinserimento del reo nella società. Che ruolo svolgono, allora, le istituzioni penitenziarie nel processo riabilitativo? Che senso diamo agli interventi di carattere socio-terapeutico, delegati principalmente ai servizi sociali penitenziari? Quale ruolo riveste la previsione di istituti come la *diversion*, *probation* e *parole*, che rappresentano la base del sistema riabilitativo americano, in un Paese in cui, la pena capitale non offre la benché minima possibilità di redimersi, e se casomai la offrisse, potrebbe essere troppo tardi?²²⁷

La prevenzione speciale *ante delictum*, mira, invece, ad evitare che il soggetto, in ragione della sua concreta pericolosità, cada nel delitto. Essa è affidata, in primo luogo, alle misure medico-psichico-pedagogiche, che ogni società evoluta prevede per un'opera di assistenza preventiva e di sostegno educativo a favore di varie categorie di soggetti in pericolo (minori disadattati e malati di mente) ed, in secondo luogo, alle misure di prevenzione in senso stretto, adottate in molti paesi nei confronti di soggetti ritenuti antisociali, ancorché non fondate sulla sicura commissione di fatti criminosi.

²²⁷ Dalla lettura della sentenza capitale, al giorno dell'esecuzione, possono passare anche 10, 15 o 20 anni.

Fatta questa doverosa premessa di diritto positivo, possiamo affermare che, storicamente, la teoria della prevenzione speciale ha trovato in Grolman, uno dei suoi principali assertori.

Secondo Grolman, un delitto commesso contiene in sé la minaccia o la possibilità della commissione di futuri delitti da parte del colpevole: perciò è lecito agire sul colpevole in modo tale da determinarlo a non seguire la sua minaccia. Se si vuole eliminare il senso di soddisfazione che nasce dal delitto, si deve far nascere un contrapposto senso di disgusto da un male connesso al delitto stesso; vale a dire, si deve far sì che l'uomo, il quale brama un oggetto basato sul senso di piacere, sia portato ad abborrirlo, ponendo l'oggetto in questione in rapporto ad un senso di ripugnanza nascente dal male. Per tali motivi si ha un diritto di agire in modo contrario alla inclinazione che spinge al delitto; il che significa, dato che ciò non può avvenire in altro modo, che si ha il diritto di distogliere il delinquente, mediante l'inflizione di un male, dalla spinta verso il delitto. Ma se una simile intimidazione non è possibile, si ha il diritto di annientare le forze fisiche volte alla realizzazione della minaccia e quindi di impedire l'esecuzione di quest'ultima. La pena, quindi, è il male inflitto allo scopo di intimidire il reo o di rendere impossibili i delitti probabili.

L'aspetto negativo di tale teoria è stato messo in rilievo da Feuerbach, nella sua critica a Grolman. Feuerbach, infatti, ha affermato che la teoria della prevenzione speciale, se applicata coerentemente, rende inutile il codice penale. In base ad essa, difatti, per garantire la sicurezza di fronte al singolo delinquente, non sono necessarie leggi precise, poiché i mezzi adattati per la difesa dal delinquente vengono valutati assai meglio in concreto, sulle base delle specifiche circostanze di fatto. Ma un tale sistema rende, secondo Feuerbach, addirittura impossibile le leggi penali: nessun legislatore, infatti, può prevedere tutti i possibili casi da regolare, e, i

fatti previsti dalla legge assumono, attraverso le circostanze che li accompagnano, un aspetto speciale, diverso dalla caratterizzazione generale e astratta data di loro dalla legge. Non si presenterà perciò mai un solo caso, il quale abbia in sé una misura di pericolo e di probabilità di analoghe lesioni per il futuro, che sia perfettamente proporzionata alla pena stabilita dalla legge. La misura del pericolo e la conseguente ampiezza della misura di sicurezza possono essere determinate soltanto in concreto dal giudice, in base alle circostanze del caso specifico.

La concezione della prevenzione speciale, presenta quindi, se attuata in tutta la sua portata, un pericolo per la certezza del diritto, in quanto conduce necessariamente a dare un'ampiezza eccessiva alla discrezionalità del giudice; tanto è vero che Grolman afferma espressamente la necessità di lasciare largo spazio al cosiddetto arbitrio dei giudici, che egli preferisce chiamare però «discrezionalità». La teoria della prevenzione speciale presenta quindi un oggettivo pericolo di arbitrio, come ha messo in evidenza anche il Glaser, con riferimento alla sproporzione fra le pene che fatalmente ne risulta: «quanto alla intimidazione non bisogna dimenticare che la possibilità di ottenere questo scopo dipende dapprima dalle particolarità individuali delle persone che si vogliono intimidire. Dunque la pena, per raggiungere questo scopo, deve ignorare il delitto commesso, ed in conseguenza anche il grado di colpevolezza del suo autore, ed al contrario essa deve prendere in considerazione appunto queste particolarità individuali; da ciò deriva che talvolta, malgrado la gravità del delitto, una pena mite ci apparirà utile, altra volta al contrario una pena molto severa».²²⁸

D'altra parte, la teoria elaborata dal Grolman, ha avuto il merito storico di attirare l'attenzione sul momento dell'esecuzione della

²²⁸ S. Glaser, *L'idea di giustizia nel diritto penale*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto». IV, 1929, p. 780.

pena, e ha fatto valere l'esigenza di commisurare il male penale al danno provocato dal delitto, e di non allargare la misura della pena rispetto a quanto è necessario per far rientrare il colpevole nell'ambito dal quale era indubbiamente uscito.

La dottrina del giurista tedesco ha messo dunque l'accento sul processo di individualizzazione della pena, che verrà poi ripresa e sviluppata nella seconda metà dell'Ottocento dalle correnti positivistiche e sociologiche. In questo senso Franz von Listz può essere considerato come il continuatore di Grolman. La pena è per von Listz «mezzo per raggiungere uno scopo»,²²⁹ ed è da lui chiaramente individualizzata: essa è rivolta, nella sua concezione, verso tre mete: a) risocializzazione dei delinquenti che di essere risocializzati abbiano bisogno e siano suscettibili; b) intimidazione di quei delinquenti che non abbiano bisogno di risocializzazione; c) neutralizzazione dei delinquenti che di risocializzazione non siano suscettibili.

Il terzo punto è una ulteriore conferma della perplessità che aleggia intorno alla teoria della prevenzione speciale: l'idea che nei confronti di quei delinquenti verso i quali l'intimidazione (ovvero la determinazione a non commettere altri delitti) non sia in grado di operare efficacemente, è lecito infliggere delle pene che mettano in condizione di non nuocere, che incidono sulla possibilità fisica di delinquere (da qui il concetto di neutralizzazione). Un simile ordine di idee conduce o può condurre a porre la funzione penale sotto l'egida dell'idea di una «difesa sociale» alle cui esigenze devono essere subordinati i diritti individuali, e a ritenere necessarie pene come la morte o l'ergastolo, le quali, da un punto di vista etico-politico, risultano non suscettibili di legittimazione e sono fonte di notevoli obiezioni. Non solo, ma una simile «messa in condizione di

²²⁹ F. von Listz, *La teoria dello scopo del nel diritto penale*, Giuffrè. Milano 1962, p. 42.

non nuocere»), appare anche in contrasto con l'esigenza primaria della prevenzione speciale, ovvero, quel «recupero del reo» che è il principale obiettivo che deve assicurare uno Stato che si dichiara portatore di valori umani e morali.

4.2.2.3 TEORIA DELLA PREVENZIONE GENERALE O DELL'INTIMIDAZIONE ATTUATA MEDIANTE LA MINACCIA CONTENUTA NELLA LEGGE PENALE

Il terzo tipo di dottrina preventiva penale, è la «teoria della intimidazione o prevenzione generale attuata mediante la minaccia contenuta nella legge penale». Tale concezione non deve essere assolutamente confusa con quella esaminata prima, che attribuisce la stessa funzione alla esecuzione della pena; infatti, sia i presupposti teorici e concettuale, sia le conseguenze politico-sociali delle due concezioni sono diversi. Il maggiore e più tipico sostenitore di tale teoria è Paul Johann Anselm Feuerbach.²³⁰

Si può affermare che egli è stato il primo pensatore ad avere consapevolmente ed esplicitamente distinto sul piano concettuale due momenti essenziali dell'*iter* punitivo: il momento della minaccia della pena formulata dalla legge e il momento della inflizione o esecuzione della stessa nel caso concreto. Feuerbach, ha criticato i filosofi e giuristi a lui precedenti per avere discusso il problema penale sempre e soltanto a livello di esecuzione della pena, e per aver attribuito i più svariati scopi soltanto a quest'ultima. Egli è stato il primo ad avere attribuito uno scopo alla minaccia della pena, tanto è vero che è stato affermato che la sua, più che una «teoria della pena» è una «teoria della legge penale». Per Feuerbach, infatti, la rappresentazione del male penale minacciato dalla legge, provoca nell'ambito dei consociati una «coazione psicologica», la quale distoglie loro dal commettere il delitto che a quel male è connesso: la

²³⁰ Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1883) è nato ad Hainichen, una città appartenente al circondario rurale della Sassonia centrale.

funzione penale di prevenzione opera quindi prima dell'eventuale commissione dei delitti, e, attraverso la previsione legislativa, garantisce la tutela dei diritti individuali e la giustizia del procedimento punitivo, poiché tutti, in grazia della previsione legislativa, conoscono in precedenza il tipo e la misura della pena che dovrà essere inflitta nel caso di commissione di un delitto. Così facendo, si evita il pericolo della «pena esemplare», che è invece una forma tipica del primo genere qui considerato di teoria della prevenzione generale, ossia quella dell'intimidazione attuata per mezzo dell'esecuzione della pena. L'inflizione o esecuzione della pena ha, nella dottrina di Feuerbach, semplicemente lo scopo di rendere seria ed effettiva la minaccia legislativa.²³¹ È importante notare, come il giurista di Hainichen, coerentemente alla sua posizione generale sul problema, non attribuisce una funzione di prevenzione all'inflizione della pena; anzi, per quanto attiene a quest'ultima, egli prende in considerazione esclusivamente il fatto passato; ed afferma che la frase di Seneca *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccatur*,²³² è esatta se riferita alla minaccia, mentre non lo sarebbe se fosse riferita all'esecuzione della pena. Tutto questo è stato interpretato da diversi autori, come un accostamento alla dottrina retributiva, dimenticando, in realtà, che non si può valutare la concezione di Feuerbach isolandone arbitrariamente un aspetto, cioè il momento esecutivo, e lasciando da parte l'elemento centrale e più importante, cioè il momento della minaccia. Feuerbach vincola, invece, l'esecuzione della pena, al fatto commesso soltanto per garantire il principio della legalità e della certezza del diritto.

²³¹ Queste tesi sono state sviluppate da Feuerbach, soprattutto nell'*Anti-Hobbes* cit., pp. 210-226 e nella *Revision* cit., I, pp. 1-108.

²³² *De ira*, I, 19 trad. it.: «il saggio non punisce perché l'azione commessa costituisca peccato (passato), ma affinché non si pecchi più in futuro».

L'idea della prevenzione generale ha rivestito e riveste tutt'ora, pur con delle non trascurabili contraddizioni, una posizione centrale negli odierni ordinamenti giuridici, in particolar modo negli ordinamenti giuridici penali degli Stati moderni di tipo liberaldemocratico. Abbiamo usato il termine «contraddizioni» perché la teoria della prevenzione generale è stata assoggettata a diverse critiche, le quali rappresentano il seme del declino di tali forme di stato. La prima obiezione che può essere mossa alla teoria della prevenzione generale della pena tende a negare la sua reale efficacia deterrente: il fatto stesso che vengano commessi delitti dimostra come nei confronti dei delinquenti effettivi, la legge non abbia quella efficacia dissuasiva che dovrebbe avere. Una seconda obiezione consiste nel dire che la teoria della prevenzione generale, in quanto volta a influire con la pena sulle inclinazioni del delitto, è portata necessariamente a prevedere sanzioni penali di misura particolarmente gravi, anche per delitti di lieve entità.

In definitiva, se volessimo trovare un aspetto accettabile della teoria della prevenzione generale, sia nella sua accezione di deterrenza attuata mediante l'esecuzione della pena, sia nella sua accezione di deterrenza attuata mediante la minaccia di una pena, non sta certo nel suo significato di esclusiva giustificazione della stessa, bensì nella sua inscindibile connessione con i principi dello Stato di diritto e con i valori della legalità.

4.2.3 TEORIA EDUCATIVA-CORRETTIVA O TEORIA DELL'EMENDA

La funzione della pena come è prevista dalle teorie prese in considerazione in precedenza (teoria retributiva, teoria della prevenzione generale e teoria della prevenzione speciale), guarda la sanzione penale intesa primariamente nel suo carattere afflittivo; da tali concezioni la sanzione è vista come un male che serve o a riparare un altro male compiuto (teoria della retribuzione) oppure ad

intimidire, a distogliere dalla commissione dei delitti (teoria della prevenzione/deterrenza). Viceversa, la teoria dell'emenda tende a mettere in ombra l'aspetto afflittivo della sanzione penale, e a mettere invece in rilievo il carattere «correttivo», «educativo».²³³

Alla base della teoria dell'emenda sta un'idea morale: e ciò non soltanto nel senso più generale, in base alla quale si può dire che tutte le teorie della pena si preoccupano di ricercare una giustificazione e un fondamento morale alla pena stessa, ma nel senso più ristretto e specifico, per cui la pena deve produrre, sul piano sociale e nei confronti del colpevole di un delitto, una redenzione morale o un ravvedimento spirituale del reo.²³⁴ L'essenza filosofico-giuridica della teoria dell'emenda viene sviluppata da Karl Roeder, uno dei più illustri rappresentanti della teoria dell'emenda nonché fondatore della Scuola correzionalista. Egli ha affermato «che il fondamento giuridico della pena, sta nell'arbitrio immorale di un uomo, divenuto esternamente riconoscibile, e rivolto al turbamento dell'ordine giuridico e sociale. Lo scopo del diritto, dunque, consiste nella correzione, mediante tutti i mezzi giuridici adatti, della volontà

²³³ A questi termini italiani corrispondono il tedesco «*Besserung*» il cui significato può essere reso, oltre che con «emenda, anche con «miglioramento» o «correzione» e, il più ampio e generico termine inglese «*reform*» che comprende sia la pena come emenda sia la pena come trattamento terapeutico di quella malattia sociale che è la criminalità. Il fine correttivo-educativo della pena è sancito anche dalla nostra Costituzione dall'art. 27 comma 3: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

²³⁴ Per l'analogia teoria della espiazione, la pena ha la funzione di purificazione dello spirito, operando come antidoto contro l'immoralità per la forza purificatrice del dolore. Quella dell'emenda e dell'espiazione, sono teorie di lunga tradizione, già enunciate da Platone per il quale la pena è «medicina dell'anima», e che risalgono ai giuristi romani (*poena constituitur in emendationem hominum*) e alle dottrine cattoliche, ma che sono state riprese da successive dottrine penali, come quella tedesca. In un sistema penale come quello tedesco, la diffusa teoria della espiazione, preferisce individuare la giustificazione della pena più che nella retribuzione, nella espiazione della colpevolezza, assunta questa come coscienza di avere violato certi valori e di doverne rispondere. Benché si continui a ravvisare la giustificazione della pena nella sua giustizia, non nella sua utilità, si sposta tuttavia l'attenzione dalla semplice inflizione retributiva di un male ai suoi effetti in termini di liberazione dalla colpevolezza. E così facendo, l'individuo viene collocato in una posizione attiva, non più meramente passiva, di fronte alla pena.

dimostratasi immorale coi fatti. Colui che ha una volontà che si è dimostrata diretta all'illecito è in questo senso un immaturo o un minore, e perciò bisognoso di rieducazione finché non vengano eliminati i motivi interiori del suo comportamento ingiusto».²³⁵ Per il Roeder, quindi, si deve compiere contemporaneamente il bene del singolo reo nella società e il bene dello Stato, prevedendo da un lato, l'offerta al colpevole di mezzi esterni per la trasformazione fondamentale della sua opinione contraria al delitto, e dall'altra, il dovere dello Stato di agire quanto più sicuramente è possibile verso il colpevole e di non omettere perciò alcun provvedimento fino a che gli rimanga anche il minimo dubbio che ne sussista ancora il bisogno.

Come possiamo notare, dal pensiero del Roeder emerge, con tutta chiarezza, il ruolo strumentale dello Stato il quale, per mezzo della pena, ha il potere-dovere di ristabilire il colpevole nei ranghi del diritto e, nella stessa misura in cui viene ottenuto questo scopo, si raggiungerà anche la riconciliazione del colpevole con la società, dalla quale, a causa del comportamento anti-sociale, si è estraniato.

Molti Autori, tra cui Heinze, Roxin, Molitor, hanno costruito invano, proprie categorie concettuali, allo scopo di affermare un'identificazione tra la teoria dell'emenda e la teoria della prevenzione speciale.²³⁶ Tale identificazione, viene implicitamente respinta dal più importante sostenitore della teoria della prevenzione speciale: Grolman. Egli, nella sua prima opera *Grundstze der Criminaldrechtswissenschaft*, ha escluso la correzione del reo quale

²³⁵ K. Roeder, *Sul fondamento e sullo scopo della pena in riguardo alla teoria dell'emenda*, in «Rivista penale», 1875, p. 274.

²³⁶ Heinze, affermava che «il contenuto essenziale delle teorie dell'emenda è una prevenzione speciale di natura peculiare»; Molitor, con specifico riferimento alla dottrina del Grolman, creò una identificazione tra i termini intimidire ed emendare, affermando: «questa pena nella sua essenza deve piuttosto intimidire, e quindi emendarlo»; Roxin, nel descrivere il funzionamento della prevenzione speciale della pena, ha affermato che questo avviene in tre modi: a) attraverso l'emenda di chi può essere corretto; b) l'intimidazione di chi può essere intimidito; c) la messa in condizione di non nuocere degli incapaci di correzione e di intimidazione.

scopo della pena, fondandosi sul principio per cui il potere pubblico non è un precettore;²³⁷ nella seconda opera, *Ueber die Begrundung*, sembra invece giustificare l'identificazione prima ricordata, affermando che, in quanto viene realizzato lo scopo di evitare la commissione di futuri delitti da parte del reo, mediante l'intimidazione nei suoi confronti, si può anche dire che funzione della pena è la correzione della persona punibile.²³⁸

Ma sta proprio qui il punto. Grolman, fa capire che la sua dottrina può dare spazio soltanto a una correzione giuridica e politica (che coincide sostanzialmente con la funzione di prevenzione speciale della pena), non a una rieducazione morale. Questa affermazione, aiuta a chiarire il senso di distinzione concettuale tra prevenzione speciale ed emenda e a demolire ogni tentativo di assimilazione tra le due teorie: la distinzione potrà anche non avere alcun riscontro sul piano pratico, poiché il risultato che si vuole raggiungere per mezzo di entrambe le teorie è lo stesso (la cioè la futura astensione del reo dalla commissione dei delitti), ma sul piano teorico, e specificamente per quanto concerne l'atteggiamento da assumere verso il colpevole, assume un'importanza rilevante. Perché? La prevenzione speciale agisce su un piano prettamente giuridico, ed esige semplicemente un'estensione esteriore dalla commissione dei delitti, la quale indica che il colpevole è ridiventato esteriormente un buon cittadino; viceversa, l'emenda opera sul piano morale, vuole penetrare nell'interiorità più intima del colpevole, esigendo una sua profonda conversione morale.

La teoria dell'emenda, intesa in senso soggettivo o interiore, si fonda consapevolmente sulla connessione di principio fra diritto e morale,

²³⁷ K. Grolman, *Grundsätze* cit., § 106, p. 50.

²³⁸ K. Grolman, *Ueber die Begrundung* cit., pp. 116-117: «infatti l'intimidazione produce un ritorno dalla convinzione illegale a quella legale. Chi ha una convinzione legale è un buon cittadino, e chi dunque torna da un atteggiamento illegale a uno legale è un cittadino migliorato».

ma è proprio a questo proposito, che emergono le prime critiche nei confronti della stessa. Questa teoria si fonda indubbiamente su idee e postulati nobili secondo cui si deve respingere ogni concezione che porta a giustificare la pena inumana, fonte di barbarie ed ingiustizie, o secondo cui la pena deve tendere ad un bene futuro. Inoltre, l'ordine di idee proprio della concezione dell'emenda, e l'idea del recupero morale e spirituale del reo, che in essa è insita, porta ad escludere quei tipi di pena che, come la morte e l'ergastolo, portano con sé l'eliminazione fisica del colpevole o la perdita di ogni speranza da parte sua. Allora, quale risulta essere l'aspetto negativo? Esso consiste nel fatto che questa teoria conduce necessariamente, a causa della connessione fra diritto e morale, ad attribuire allo Stato, un compito di valutazione del comportamento morale dell'individuo, un compito che implica una interferenza in un ambito ritenuto inviolabile, rappresentato dalla coscienza. Il preteso diritto di correggere il reo implicherebbe l'affermazione nell'uomo di una potestà di condurre, attraverso mezzi coattivi e violenti, ad uniformarsi alla legge. Questa osservazione, ci spiana la strada alla seconda critica che a tale dottrina si può rivolgere. Questa critica è stata formulata dal Radbruch, dal cui pensiero si ricava che gli ostacoli incontrati dalla pena come emenda sono tre: il suo carattere di educazione degli adulti, di educazione coattiva e di educazione mediante la pena. Effettivamente, se nell'educazione dei bambini, può essere presente un elemento di coercizione (es. il castigo), difficilmente questo può essere presente nel caso degli adulti e d'altra parte l'idea di educazione implica in modo primario l'uso della persuasione, il che è in contraddizione con l'uso della coazione o addirittura della pena. Simili considerazioni, spiegano come l'idea dell'emenda possa avere, e abbia avuto, come dimostra la storia, un'applicazione stravolta e degenerata negli stati totalitari, quale rieducazione ideologica dei dissenzienti e degli oppositori, creando

un vero e proprio indottrinamento.²³⁹ È chiaro, infatti, che in un sistema politico come il totalitarismo, nel quale la morale è subordinata totalmente alla politica, e l'indottrinamento ideologico è una delle funzioni essenziali dello stato (il quale deve imporre nel proprio nome la verità), il diritto penale può contenere un'esigenza di recupero ideologico dei nemici del regime, quale alternativa alla loro totale eliminazione.²⁴⁰ Questa è l'obiezione più seria che si possa rivolgere alla teoria della pena come rieducazione del condannato, considerata nelle sue possibili implicazioni. La terza ed ultima critica che si può muovere alla concezione dell'emenda, riguarda il pericolo per la certezza del diritto che da essa deriva. Tale pericolo è presente nel pensiero del suo primo e maggiore rappresentante, Karl Roeder, il quale ha affermato che lo Stato ha il «dovere di agire quanto più sicuramente è possibile verso il colpevole, e di non omettere perciò alcun provvedimento fino a che gli rimanga anche il minimo dubbio che ne sussista ancora bisogno». Infatti, poiché non è possibile sapere in precedenza in che momento il processo di rieducazione del condannato sarà realmente compiuto, se l'azione punitiva deve continuare finché non raggiunga lo scopo di rieducazione, allora la durata della pena-emenda, può essere illimitata, o perlomeno non determinabile in anticipo da parte della legge.

²³⁹ I teorici del totalitarismo attribuiscono al partito unico un compito educativo. Nazismo, Fascismo, e la dottrina marxista sostenuta da Lenin, rappresentano le principali fonti. Nel suo libro *Stato e Rivoluzione*, Lenin ha sostenuto: «il potere statale, l'organizzazione centralizzata della forza, l'organizzazione della violenza, sono necessari al proletariato sia per reprimere la resistenza degli sfruttatori, sia per dirigere l'immensa massa della popolazione nell'opera di avviamento dell'economia socialista. Educando il partito operaio, il marxismo educa un'avanguardia del proletariato, capace di prendere il potere e di condurre tutto il popolo al socialismo, capace di dirigere e organizzare il nuovo regime, d'essere il maestro, il dirigente, il capo di tutti gli sfruttati, nell'organizzazione della loro vita sociale senza la borghesia e contro la borghesia».

²⁴⁰ Un esempio del fenomeno del recupero ideologico è quello avvenuto nei campi di rieducazione del Vietnam del Sud, dopo la sua "liberazione" da parte dei Viet-Cong.

In conclusione, nonostante le critiche e la sussistenza del pericolo teorico ed oggettivo per la certezza del diritto, possiamo constatare che la ragion d'essere della teoria dell'emenda consiste nell'idea del potenziale reinserimento del condannato nella società e nel suo recupero non solo morale, ma anche civile e quindi giuridico.

Il principio secondo cui nessun individuo è irrecuperabile alla vita in società - benché spesso tale aspetto risulta essere smentito dalla realtà dei fatti - esprime un senso di speranza e di fiducia nell'uomo.

4.2.4 CONCLUSIONI A LE TEORIE GENERALI DELLA PENA

L'analisi critica delle diverse teorie della pena, finora condotta, permette di svolgere alcune considerazioni volte ad indicare quelle che potrebbero essere le linee direttrici per una migliore fondazione filosofica della sanzione penale. Anzitutto, si deve ribadire chiaramente nei confronti delle dottrine analizzate nei capitoli precedenti, l'importanza e la necessità della funzione penale:²⁴¹ la pena, con la sua efficacia deterrente o di prevenzione sociale, che è rimedio estremo nella vita del diritto, sarebbe inutile, e scomparirebbe, in una comunità fondata unicamente sull'amore fraterno. Ma come ben sappiamo, una società senza crimini, è pura utopia. Casi come l'industria dei sequestri di persona, attività terroristiche, violenze perpetrate sulla persona e omicidi, sono motivi sufficienti per intendere imprescindibile il mantenimento della funzione del diritto penale. Se questo è vero, è d'altra parte anche doveroso affermare che la funzione penale non può essere accettata puramente e semplicemente, come un dato di fatto ovvio, ma necessita di una giustificazione filosofica e quindi in ultima analisi di

²⁴¹ La nostra Costituzione considera, infatti, la pena come elemento ineliminabile del nostro sistema giuridico. Anche perché la sua eliminazione non consentirebbe di prevenire in alcun modo gli attentati ai beni costituzionalmente garantiti. E la stessa Corte costituzionale ha affermato, con la sent. 22/11/74 che, la prevenzione generale e la difesa sociale sono alla base della pena non meno della sperata emenda.

un fondamento etico. Alla determinazione di questo, concorrono le diverse teorie della pena precedentemente analizzate, ma con l'inconveniente che non è possibile indicare come vera o giusta in assoluto, una data concezione filosofico-giuridico della pena. Se si vuole fondare la giustificazione filosofica della pena su un motivo unico, si finisce fatalmente per sacrificare i valori etico-politici importanti e irrinunciabili da un punto di vista umano. Attraverso questo vaglio critico, è giocoforza ritenere che non è una soluzione soddisfacente quella di fondare la pena esclusivamente sulla retribuzione o sulla prevenzione o sull'emenda; se mai potremmo distinguere, tre momenti dell'*iter* punitivo: il momento della minaccia nella legge penale, che ha una funzione di prevenzione generale; il momento della condanna da parte del giudice, che ricopre un significato retributivo ed esprime la riprovazione del fatto criminoso; e il momento dell'esecuzione della pena, che è rivolto essenzialmente a scopi di prevenzione speciale nonché di recupero morale e di reinserimento nella società del reo.

È chiaro che, nel momento stesso in cui si definisce lo scopo della pena, si dà implicitamente una risposta anche a un altro problema, cioè quello della determinazione delle fattispecie punibili: si asserisce che le azioni punibili costituiscono la violazione di un diritto individuale, inteso non meramente come diritto soggettivo riconosciuto dalla legge positiva, ma come diritto individuale naturale. Ora, è vero che il problema della funzione e dello scopo della pena da un lato, e il problema della determinazione del bene giuridicamente protetto, ovvero della fattispecie penale, dall'altro, sono problemi concettualmente diversi, che riguardano due diversi oggetti, due diversi ambiti della filosofia della pena; tuttavia si può e si deve osservare che tra loro vi è anche una stretta connessione teorica; in un certo senso, la determinazione dell'oggetto del reato è

un presupposto dell'indicazione della funzione della pena.²⁴² In fondo, se ben si osserva, non ha senso porsi il problema dello scopo che si vuole attribuire alla sanzione penale, se in precedenza non si è risolto il problema (che di quello costituisce il vero presupposto) di quali siano le azioni che si vogliono evitare e per le quali si intende comminare la pena. Infatti, se, l'esclusiva attribuzione alla pena di un'unica funzione, rappresenta un punto di vista eccessivamente unilaterale e porta a sacrificare molti importanti valori, ciò avviene in buona misura proprio perché una simile prospettiva trascura totalmente l'altro aspetto del problema penale, cioè quello della fattispecie punibile. Viceversa, se si affronta contestualmente anche questo problema, e se si determina e si restringe in modo rigoroso la sfera delle azioni punibili, allora ciò facendo si tracciano dei precisi limiti al diritto di punire e al potere punitivo. Perciò, possiamo tracciare tre limiti fondamentali da imporre alla sanzione penale.

Il primo limite consiste in questo: la funzione penale deve essere esercitata soltanto nei confronti di quelle azioni le quali producono un turbamento della convivenza esterna fra i cittadini, ovvero che producono un danno ad altri, che compiono una violazione dei diritti altrui. È chiaro, che un simile principio esclude dall'ambito di applicazione della sanzione penale, tutta la sfera attinente alle convinzioni interiori dell'uomo, all'espressione di opinioni in campo religioso, morale, politico, estetico. Questa idea, risale al processo di secolarizzazione, di distacco dalla teologia morale, compiuto dal giusnaturalismo moderno e dall'illuminismo; un processo che ha reagito contro una concezione teocratica della legislazione criminale, la quale unificava i due concetti di peccato e di delitto, e concepiva la pena come un'espiazione morale e religiosa. Giusnaturalismo e illuminismo hanno appunto distinto i concetti di peccato e delitto, e

²⁴² F. Carrara, *Dottrina fondamentale* cit., p. 264: «la sanzione (minaccia di privazioni di diritti a chi lese il diritto) ha la sua legittimazione spontanea dalla legittimità del divieto».

hanno secolarizzato e laicizzato la pena in senso giuridico. Al giorno d'oggi la riaffermazione di tale principio serve non solo a togliere giustificazione alla punizione di certi residui teocratici nei codici penali moderni, che costituiscono degli anacronismi (come ad es. la punizione giuridica dell'omosessualità in quanto tale), ma anche, e soprattutto, a escludere la perseguibilità penale di una data ideologia politica e a qualificare come moralmente illegittimo l'indirizzo dato alla funzione penale da quegli stati autoritari e totalitari i quali vietano e puniscono l'espressione di idee religiose, morali e politiche in contrasto con quelle sostenute dai detentori del potere, e da loro rappresentate come la «verità ufficiale» dello Stato.

Il secondo limite riguarda il rispetto di certe fondamentali garanzie giuridiche da parte del potere punitivo. In altri termini la funzione penale può essere legittimamente esercitata soltanto entro la cornice dello Stato di diritto. Ciò implica l'ancoramento del sistema penale alla legge secondo la formulazione beccariana «le sole leggi possono decretare le pene sui delitti».²⁴³ La legittimità della pena è legata all'osservanza del principio della legalità e della certezza del diritto, per la cui attuazione hanno tanto combattuto i pensatori dell'illuminismo. Limite insormontabile della funzione penale è quindi il rispetto sia del principio *nullum crimen sine lege*, per il quale non deve essere inflitta una pena per un'azione non prevista dalla legge come reato, sia il principio *nulla poena sine lege*, per il quale non deve essere inflitta, in relazione alla commissione di un reato, una pena maggiore e di tipo diverso da quella stabilita dalla legge. Ma, l'importanza del principio della legalità e della certezza del diritto, quale baluardo di libertà in rapporto alla sanzione penale, è stata ed è tutt'oggi ignorata da Nazioni, quali gli Stati Uniti d'America, in cui la pena di morte rappresenta la regola e non

²⁴³ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, III.

l'eccezione (anzi, non deve essere considerata neanche eccezione perché significherebbe legittimarla anche in rari casi).

Inoltre, possiamo aggiungere che, nello stesso limite consistente nel rispetto dei principi dello Stato di diritto, rientra, anche l'esistenza di applicare la pena soltanto a chi ha violato la legge,²⁴⁴ e l'ha violata in modo volontario: è questo il principio della colpevolezza e della responsabilità personale quale fondamento della punibilità, che ogni Stato, attraverso un efficiente e giusto sistema giudiziario deve garantire e rispettare. Quest'ultima riflessione ci porta direttamente, al terzo limite della funzione penale, che concerne il rispetto del valore dell'umanità: un principio, questo, la cui rivendicazione nel campo della legislazione criminale ha costituito un indubbio merito (e forse il più importante) dell'illuminismo, e che oggi ritroviamo proclamato solennemente nell'art. 27 comma 3 della Costituzione italiana.²⁴⁵ Il giurista Paolo Rossi, ha affermato, nella sua principale opera *La pena di morte e la sua critica*, che l'idea della abolizione della pena di morte è da porsi «in stretta relazione con quel rivolgimento del diritto penale che caratterizza la fine del settecento e che resta, a conti fatti e per quanto l'affermazione possa apparire azzardata, il più importante risultato pratico dell'illuminismo». Il rispetto del valore dell'umanità, esclude implicitamente, dal novero delle legittime sanzioni penali, certi tipi di pena. Ci dobbiamo riferire alle pene contro cui si svolgeva la polemica illuministica, come i supplizi efferati e crudeli, alle pene corporali e lesive della dignità

²⁴⁴ Numerosi sono stati i casi in cui non vi è stata una totale coincidenza tra «verità processuale» e «realtà dei fatti». Se processualmente parlando, un colpevole è ritenuto tale solo all'esito di un processo, o meglio quando sono stati esperiti tutti i gradi di giudizio, questo non vuol dire che egli sia stato l'esecutore materiale del reato. La verità che deriva dalle carte processuale, non può essere considerata una verità storica, cioè quella che deriva dalla realtà dei fatti. L'esecuzione capitale inflitta, rende irreparabili errori giudiziari compiuti nei confronti di coloro che non hanno violato la legge e che possono essere considerati innocenti.

²⁴⁵ Art. 27 comma 3 della Costituzione italiana: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

umana, alle mutilazioni di ogni specie. A quest'ultimo proposito si può ricordare, che un tipo di mutilazione tra i più crudeli e ripugnanti, ovvero l'evirazione, ha potuto essere giustificata sia da un punto di vista retributivo, quale applicazione della legge del taglione ai delitti sessuali e (l'aver asserto questo è stata un'autentica anomalia per un filosofo come Kant, il quale aveva affermato che l'uomo non deve essere mai trattato come un mezzo, bensì come fine), sia dal punto di vista puramente utilitaristico-preventivo, quale misura di sicurezza volta a rendere impossibile l'ulteriore commissione di un crimine sessuale da parte del colpevole. Ma, il principio di umanità esclude anche dall'ambito delle pene legittime, la pena di morte: essendo la vita, un bene supremo indisponibile, l'inflizione della morte, non rientra nella competenza del potere politico, alla società non è lecito eliminare dal mondo fenomenico un essere umano, la cui vita non deriva e non dipende dalla società stessa. E d'altra parte, pare che un discorso analogo si debba svolgere nei confronti del carcere a vita, il cui carattere di definitività, ovvero di eliminazione della speranza, è contrario al senso di umanità.²⁴⁶

Tra i valori umanitari nel campo penale, rientra anche il principio della proporzione fra i delitti e le pene considerato, in primo luogo come esigenza che crimini di scarsa identità non siano puniti troppo severamente, e, in secondo luogo, come corrispondenza fra scala di gravità dei delitti e scala di severità delle pene. Per la realizzazione di questo principio hanno scritto pagine belle ed importanti gli illuministi come Voltaire, e ancora oggi il principio della proporzione fra delitti e pene è fatto valere, quando si richiede, per esempio, che non venga punito con pene esorbitanti un ladro di frutta

²⁴⁶ Il castigo supremo, come il carcere a vita, non offrono un'opportunità di inserimento sociale, il quale, invece, oltre a dover essere considerato come un attestato di fiducia ed espressione del fondamentale principio solidaristico di solidarietà umana, può servire anche per spezzare quel meccanismo dell'identità negativa, che, rafforzato dalla condanna del giudice, porta alla stabilizzazione criminale del soggetto deviante.

e con pene irrisorie l'autore di atti di violenza ideologicamente mascherati.

Tutela e restaurazione dei diritti violati, garanzia della legalità e della certezza, individualizzazione della pena e recupero del reo sono dunque le linee maestre per una fondazione della funzione penale che possa essere eticamente giustificata. Seguendo questa strada, saremo in grado di ricostruire un sistema di sanzioni che tenti di risolvere il problema di stabilire un armonioso rapporto fra il sistema penale e la libertà dei cittadini e di evitare che la pena sia violenza fatta all'uomo. «È dalla bontà delle leggi criminali che dipende principalmente la libertà dei cittadini. È il trionfo della libertà, quando le leggi criminali fanno derivare ogni pena dalla natura particolare del delitto. Ogni arbitrio cessa, la pena non deriva dal capriccio del legislatore, ma dalla natura della cosa; e non è l'uomo che fa violenza all'uomo», affermava Montesquieu, nel suo celebre libro *Lo Spirito delle leggi*.²⁴⁷ Ma, la formulazione migliore, più incisiva e sintetica, dei caratteri che la pena deve avere per soddisfare i valori di libertà, giustizia, umanità, e per rispettare e garantire i diritti dell'uomo, rimane pur sempre quella contenuta nel capitolo conclusivo del libro *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria, che promosse l'abolizione della pena di morte e la riforma di tutta la legislazione criminale. La formulazione è la seguente: «perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata ai delitti, dettata dalle leggi».²⁴⁸

²⁴⁷ Montesquieu, *Lo Spirito delle leggi*, XII, 2 e 4.

²⁴⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, XLII.

5. TERZIUM NON DATUR

Alla pena di morte si può essere favorevoli o contrari. Non esiste una terza via. Certo, si può essere indecisi, ma in prospettiva vi è pur sempre una scelta tra due opzioni che si escludono a vicenda.²⁴⁹

Prendere una strada inevitabilmente comporta il rifiuto dell'altra, fare una scelta preclude il ritornare indietro e se anche fosse possibile non è detto che la scelta che volevamo fare fosse quella che effettivamente volevamo prendere.

Favorevoli e contrari possono venirsi incontro, dialogare. Spesso i primi si dicono favorevoli alla pena di morte solo in casi del tutto eccezionali o solo quando vi è la certezza assoluta della colpevolezza, o ancora, solo a condizione che il metodo di esecuzione della pena sia il più «umano» possibile.²⁵⁰

Questi sforzi di dimostrarsi ragionevoli nascondono, qualche volta, i dubbi e le incertezze che attraversano lo schieramento dei favorevoli al mantenimento. Anche gli abolizionisti, del resto, se più raramente si mostrano dubbiosi, esprimono in genere comprensione per le ragioni che sono all'origine della domanda della pena di morte.

La contrapposizione, anche quando esiste una volontà di ammorbidirla, rimane comunque tale. Un fossato separa, chi, da una

²⁴⁹ Antonio Marchesi, *Pena di morte e Diritti umani. Una questione di principio*, Laterza, Milano, 2004, pag. 3.

²⁵⁰ Negli Stati Uniti d'America, il 25 settembre del 2007, la Corte suprema aveva preso in considerazione il ricorso di due condannati a morte del Kentucky che avevano denunciato come incostituzionale la triplice iniezione letale a base di sodio, di bromuro e di cloruro di potassio in quanto lesiva dell'ottavo emendamento della Costituzione americana che vieta che vengano inflitti «*cruel and unusual punishments*». Gli abolizionisti avevano sperato che la decisione della Corte avrebbe dato inizio a una moratoria generale della pena di morte negli Stati Uniti, che avrebbe potuto portare alla sua definitiva abolizione. Ma così non è stato. Infatti, poco tempo dopo, il 16 aprile del 2008, la Corte Suprema, ha sentenziato, con una maggioranza di sette giudici su nove, che la procedura della triplice iniezione è del tutto lecita. Secondo il presidente della Corte, il cattolico John Roberts, nominato da presidente di allora George W. Bush, la triplice iniezione, così come oggi viene praticata, è da considerarsi il risultato più alto di una costante ricerca di metodi per «estinguere una vita nel modo più umano possibile».

parte, per un numero di reati più o meno esiguo, più o meno a malincuore, accetta l'eventualità che una persona sia condannata a morte, e chi, dall'altra, si oppone sempre o comunque ad una tale eventualità.²⁵¹

La discussione sulla pena di morte tende, pertanto, inevitabilmente, a organizzarsi intorno al confronto fra argomenti a favore e argomenti contro la pena di morte.

La discussione è complicata dalla sovrapposizione e dall'interferenza fra argomenti di natura diversa. La maggior parte dei contrari muove da un convincimento etico: la pena di morte viene considerata ingiusta, o profondamente ingiusta, in quanto lesiva del diritto alla vita che appartiene ad ogni essere umano a prescindere che possa avere una sua utilità. E i favorevoli, invece, sostengono in genere il mantenimento o la reintroduzione della pena capitale alla luce dei suoi vantaggi pratici perché utile, in virtù del suo effetto deterrente, alla stabilità dello stato e del controllo politico sui governati e al mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza sociale.²⁵²

²⁵¹ Antonio Marchesi, *Pena di morte e Diritti umani. Una questione di principio*, Laterza, Milano, 2004, pag. 5.

²⁵² Lo scopo della deterrenza ha rappresentato e rappresenta tuttora, nonostante studi statistici dimostrino il contrario, il *leitmotiv* della cultura politica degli Stati Uniti. In tal senso è importante il contributo che è stato offerto da Federico Stella, uno dei più importanti giuristi e filosofi del nostro tempo. Attraverso i propri scritti e lezioni propose che la regola di giudizio dell' «oltre ogni ragionevole dubbio» trovasse applicazione anche nel processo penale italiano. Dapprima avversato da parte della Dottrina processual penalistica, il principio venne accolto - in tema di nesso causale - dalla Corte suprema di cassazione, anche a Sezioni Unite ed oggi è norma codicistica. Egli ha osservato in riferimento alla funzione deterrente della pena: «orbene, sfido chiunque a dimostrarmi che la condanna di un singolo per raggiungere effetti deterrenza generale o, se si preferisce, di prevenzione generale in tutte le sue forme, non costituisce un inaudita violazione della massima kantiana. È davvero sorprendente che la stragrande maggioranza, nei cui cervelli continua a crescere il fiore 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». Questo importante pensiero è stato ripreso da una delle più importanti opere di Federico Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, pag. 186.

Le parti, tuttavia, si possono invertire. Da un lato gli abolizionisti, soprattutto nel ribattere le tesi dei sostenitori della pena di morte usano anche argomenti di natura pratica: l'argomento della sua discutibile efficacia deterrente, con chi la considera una risposta adeguata al crimine e quello del rischio di uccidere un innocente, con chi, pur non essendo contrario alla pena capitale, si mostra particolarmente sensibile a una tale, dolorosa eventualità. Dall'altro, non pochi fra i favorevoli sembrerebbero intimamente convinti che la pena di morte sia la sanzione giusta per chi ha ucciso, anche se l'adesione a una concezione retributiva della pena, che agli occhi di molti finisce con l'assomigliare alla vendetta facendo prospettare un ritorno alla «legge del taglione», viene mascherata con argomenti ritenuti più razionali e presentabili. In breve, ciò che più caratterizza la discussione sulla pena di morte sono la contrapposizione, per la radicale inconciliabilità delle posizioni, e la difficoltà di comprendersi, per la varietà dei piani su cui si svolge il dibattito.²⁵³

L'elemento della contrapposizione non caratterizza solo il dibattito tra persone favorevoli e persone contrarie alla pena di morte individualmente intese, ma anche i rapporti fra Stati che mantengono la pena di morte nel proprio ordinamento giuridico e Stati che l'hanno abolita. Anche per gli Stati le opzioni sono soltanto due: prevedere o non prevedere la morte come pena. Tuttavia, di fronte a questa alternativa fondamentale, a differenza degli individui, gli Stati non possono essere indecisi, almeno nel senso che non possono non disciplinare la questione in un modo o nell'altro. Lo Stato non può porsi però sullo stesso piano del singolo individuo. L'individuo agisce per rabbia, passione, per interesse, per difesa. Lo Stato, invece, risponde meditatamente, riflessivamente, razionalmente, tanto che – si dice – quando viene ad essere comminata una sentenza

²⁵³ Antonio Marchesi, *Pena di morte e Diritti umani. Una questione di principio*, Laterza, Milano, 2004, pag. 5.

capitale si parla di «omicidio premeditato». Anch'esso ha il dovere di difendersi. Ma è troppo più forte del singolo individuo per aver bisogno di spegnere la vita a propria difesa. Lo Stato ha il privilegio e il beneficio del monopolio della forza e deve sentirsi tutta la responsabilità di questo privilegio e beneficio.²⁵⁴

In realtà, in entrambi i fronti, come ha sottolineato Antonio Marchesi nel suo *Pena di morte e Diritti umani. Una questione di principio*, «vi sono falchi e colombe».²⁵⁵ Sono colombe, fra i mantenitori, gli Stati che hanno abolito la pena di morte per i reati ordinari, conservandola solo per i reati eccezionali, e gli Stati che, pur non avendo abrogato le norme che prevedono la pena di morte, hanno adottato la decisione politica, a volte formalizzata sul piano interno o internazionale, di non applicarla.²⁵⁶ Tuttavia, l'abolizionismo parziale o *de facto*²⁵⁷ merita di essere incoraggiato, non solo per il risparmio di vite umane che comporta, ma anche perché è spesso considerato un'anticamera dell'abolizionismo totale o *de iure*.²⁵⁸

Sono falchi, invece, tra i mantenitori, gli Stati che applicano la pena di morte con particolare frequenza o che non tengono conto di quelle limitazioni al ricorso alla più estrema delle pene che quasi tutti gli Stati hanno accettato. Sono gli Stati che infliggono ed eseguono sentenze di morte nei confronti di reati minori o per reati non rientranti nella categoria dei delitti più gravi o a conclusione di processi celebrati in assenza di quelle garanzie rafforzate che dovrebbero sempre accompagnare l'inflizione di una pena irreversibile.

²⁵⁴ Norberto Bobbio, *Contro la pena di morte in L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1994, pag. 202.

²⁵⁵ Antonio Marchesi, *Pena di morte e Diritti umani*, cit., pag. 5, Laterza, Milano, 2004.

²⁵⁶ Dobbiamo, tuttavia, affermare che l'abolizione è una «vera abolizione» quando è totale.

²⁵⁷ L'espressione latina *de facto* viene ad essere utilizzata per evidenziare l'indecisione degli Stati.

²⁵⁸ Ovvero abolizionismo per legge.

6. UNA QUESTIONE DI PRINCIPIO: IL DIRITTO ALLA VITA

Il dibattito ormai secolare sulla pena di morte verte sulla questione se sia moralmente o giuridicamente lecito da parte dello stato uccidere per punire, pure nel rispetto di tutte le garanzie procedurali proprie dello Stato di diritto: in altre parole se il diritto di punire da parte di uno stato, generalmente non contestato, si possa spingere, attraverso la comminazione di una condanna a morte, sino a ledere il diritto naturale per eccellenza, indisponibile, sacro, eterno, appartenente ad ogni essere umano per il semplice fatto di esistere: la vita.²⁵⁹

Infatti, come ha osservato Niklas Luhmann²⁶⁰ «una moderna concezione di Stato di diritto deve porre al centro della sua riflessione la vicenda della natura e del valore della categoria dei diritti e dei doveri fondamentali che legano il cittadino alla struttura statale di appartenenza».²⁶¹

Nel complesso reticolo del sistema dei diritti si pone certamente in termini problematici ed attuale la questione dello Stato di disporre della vita dei suoi cittadini quando sono stati commessi delitti al tal punto gravi ed efferati da meritare soltanto la morte del reo.

È tuttavia naturale che soltanto se il diritto alla vita è considerato un diritto di natura disponibile può diventare oggetto di scelte di politica criminale così radicali. In nome di esigenze di giustizia sostanziale molto spesso emerge un contrasto tra i principi che informano il sistema, per cui, seppure in presenza di un diritto alla vita

²⁵⁹ Norberto Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena di morte in L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1994, pag. 206.

²⁶⁰ Niklas Luhmann è stato uno dei maggiori esponenti della sociologia tedesca del XX secolo e applicò alla società la teoria dei sistemi sociali suscitando un grande interesse anche nel campo della filosofia.

²⁶¹ Niklas Luhmann, *Stato di diritto e sistema sociale*, Giuda, Napoli, 1990 in Pasquale Troncone, *Il diritto dello Stato di punire con la morte. un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione penale*, ARACNE, Roma, 2012, pag. 13

considerato assolutamente indisponibile per il soggetto titolare, viene ritenuto violabile se a sopprimerlo è lo Stato.²⁶²

Uno Stato di diritto trova la sua giustificazione ontologica soprattutto in un assetto sistematico di principi e norme ispirato al criterio di coerenza dei valori da esso espressamente riconosciuti come fondamentali. Quando la connotazione formale di uno Stato diventa il diritto, ossia la legittimazione riconosciuta a categorie giuridiche che assicurano uguale trattamento ai cittadini, i valori devono essere considerati nella stessa misura disponibili o indisponibili, onde evitare che anche una sola deroga possa generarne altre e con esse la lesione irreparabile dell'integrità di quello stesso valore di uniformità e coerenza che si è assunto a formante del sistema.²⁶³

Non vi è alcun carattere di coerenza, invece, quando si ritenga che la vita possa essere talvolta disponibile se a decidere è lo stesso Stato ed assolutamente indisponibile se a decidere della sua vita ne sia la persona umana titolare²⁶⁴. Anzi proprio l'ipotesi dell'impossibilità da parte del titolare di rinunciare al diritto alla vita, rende ancor più evidente la prevalenza dei valori in gioco che rivestano un rango particolarmente significativo, quali sono i casi della dignità della persona²⁶⁵ e della solidarietà umana. In questo modo, i caratteri di intangibilità e di inviolabilità impediscono che il bene della vita, così come gli altri diritti di analogo livello possano essere considerati di natura diversa a seconda delle diverse condizioni in cui versa il suo titolare.

²⁶² Pasquale Troncone, *Il diritto dello Stato di punire con la morte. Un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione penale*, ARACNE, Roma, 2012, pag. 13.

²⁶³ Pasquale Troncone, *Il diritto dello Stato di punire con la morte. Un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione penale*, ARACNE, Roma, 2012, pag. 14.

²⁶⁴ Giorgio Resta, *La disponibilità di diritti fondamentali e i limiti della dignità umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, n. 6, p. II, pag. 801.

²⁶⁵ Luigi Ferrajoli, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pag. 762.

Ciò che caratterizza i cosiddetti diritti fondamentali, tra cui certamente il diritto alla vita, è di essere universali, cioè di valere per ogni uomo, indipendentemente dalla razza, nazionalità o condizioni sociali. Proprio l'inviolabilità del diritto alla vita rappresenta il principale presupposto sul quale si fondano i motivi di rifiuto della massima sanzione da parte degli abolizionisti e, l'importanza del cammino abolizionista, può essere colto alla luce del processo di internazionalizzazione della pena di morte.

La pena capitale ha rilievo per il diritto internazionale in quanto la si consideri una violazione di uno dei diritti fondamentali della persona, a cominciare dal diritto alla vita, che gli Stati sono tenuti a rispettare in virtù di una norma giuridica internazionale. È nella prospettiva dell'abolizionista, in altre parole, che la pena di morte acquista rilevanza nell'ambito dei rapporti che sono oggetto degli studi dell'internazionalista. Per coloro che ritengono che la pena di morte non sia, invece, in contrasto con i limiti che alla libertà degli Stati derivano da obblighi internazionali in materia di diritti umani, il suo rilievo è unicamente un «affare» interno intriso da una rilevante portata sociologica, essendo domestica la scelta della sanzione per chi abbia commesso determinati reati.²⁶⁶

La convergenza tra la prospettiva dell'internazionalista e quella dell'abolizionista trova riscontro nelle modalità che caratterizzano il dibattito sulla pena di morte in sede internazionale: gli Stati abolizionisti, contrari alla pena di morte sono pronti o meglio, intenzionati, a confrontarsi sul tema con gli Stati mantenitori; quest'ultimi, favorevoli alla pena di morte, sono assai restii a discuterne al di fuori dell'ambito statale.

Il punto di partenza di ogni confronto/scontro fra i due gruppi è costituito di conseguenza da una discussione talvolta accesa

²⁶⁶ Antonio Marchesi, *La via maestra dell'abolizione totale* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 175.

sull'ordine del giorno della riunione. È quanto è accaduto puntualmente in occasione della discussione, nell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, della risoluzione 62/149 del 2007, nota soprattutto perché invita ad introdurre una moratoria delle esecuzioni capitali.²⁶⁷

Un motivo non secondario dell'importanza di quella risoluzione è dato proprio dalla sottolineatura della legittimità della sua presentazione e discussione, l'indicazione della continua applicazione della pena di morte quale motivo di profonda preoccupazione dell'Assemblea costituendo la premessa all'affermazione da parte di quest'ultima del proprio diritto/dovere di affrontare il problema.²⁶⁸ Se l'intreccio fra questioni di metodo e posizioni di merito tende a rendere difficile il dibattito sulla pena di morte fra Stati, a complicare ulteriormente il dialogo fra abolizionisti e fautori è il sovrapporsi di argomenti a favore o contro la pena capitale non omogenei fra loro. A un primo sguardo si direbbe che gli abolizionisti fondino la propria posizione essenzialmente su ragioni di principio, tale essendo l'argomento della contrarietà della pena di morte agli standard in materia di diritti umani; i mantenitori, dal canto loro, paiono insistere soprattutto sui vantaggi pratici della pena di morte, sulla sua utilità nell'affrontare la criminalità organizzata, il terrorismo o altre gravi piaghe sociali. In altri termini, la quintessenza dell'aspetto sociologico dell'estremo supplizio risulta

²⁶⁷ Una risoluzione analoga alla 62/149 del 2007 è stata discussa ed approvata dall'Assemblea anche nel 2008 (risoluzione A/RES/63/430). Il risultato del voto – 106 a favore (2 in più rispetto al 2007), 46 contro (8 in meno), 34 astenuti (5 in più) – conferma la tendenza al consolidamento del *trend* abolizionista. Un'ulteriore importante conferma di tale consolidamento si è avuta sul piano delle scelte interne degli stati: nel 2009 la pena di morte è stata abolita in Burundi e in Togo.

²⁶⁸ Non si attenua, peraltro, l'opposizione a questo orientamento da parte dei più attivi fra gli stati mantenitori. Singapore, per esempio, in occasione del voto sulla risoluzione 63/430 del 2008, ha sostenuto che «che l'uso della pena di morte non è una questione che riguardi i diritti umani, è invece una questione di diritto penale»: il rappresentante cinese, in termini simili, ha dichiarato: «la decisione di applicare, limitare o abolire la pena di morte è un problema nazionale e non un problema che riguardi i diritti umani».

rintracciabile nelle questioni di opportunità politica e sociale che i favorevoli ricollegano alla previsione della morte come pena. Tuttavia, non deve essere trascurato che, il fatto di essere una violazione di diritti internazionalmente riconosciuti è, del resto, l'indispensabile fondamento dell'internazionalizzazione del dibattito sulla pena di morte, mentre l'impostazione utilitaristica del problema è funzionale alla difesa del suo carattere interno. In altri termini gli abolizionisti costruiscono le loro concezioni alla luce del processo di internazionalizzazione della pena di morte, prendendo come norma fondamentale – una sorta di *Grund Norm* kelsana – il diritto alla vita dal quale discende ogni giustificazione contro la pena di morte; i favorevoli, invece, traggono le proprie giustificazioni per il ricorso alla pena di morte dall'utilità sociale che essa può avere all'interno della società. Significativa in tale contesto di confronto/scontro è la circostanza che lo schieramento abolizionista porti avanti sul piano internazionale una strategia unitaria, mentre gli Stati mantenitori, al di là delle convergenze tattiche occasionali, tendono a contrapporsi alle pressioni del movimento abolizionista ciascuno per conto proprio in quanto la previsione della pena capitale è un «affare» di stato squisitamente interno.²⁶⁹ Questo modo di ricostruire i termini del confronto – con gli abolizionisti contrari alla pena di morte per principio e inclini a proiettare la questione sul piano internazionale, da una parte, e i mantenitori, favorevoli a questa per ragioni pratiche, pronti a difenderne il carattere interno, dall'altra – costituisce tuttavia una semplificazione. Esso descrive in maniera relativamente corretta il confronto che avviene fra Stati in sede internazionale, mentre non dà adeguatamente conto delle posizioni delle persone favorevoli e di quelle contrarie alla pena di morte e del dialogo fra queste, che è più complesso e articolato. È vero, infatti, che gli abolizionisti (stiamo

²⁶⁹ Antonio Marchesi, *La via maestra dell'abolizione* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 177

parlando ora di individui, non di Stati), quando sono davvero contrari alla pena di morte in ogni luogo e circostanza, non possono che fondare la propria contrarietà su ragioni etiche o quanto meno di principio; anche i favorevoli alla pena di morte, però, sono spesso intimamente convinti che la pena di morte sia la punizione giusta per chi ha tolto la vita ad altri. Inoltre, gli uni e gli altri partecipano alla discussione sulla maggiore o minore utilità pratica sulla discussione. Si aggiunga che anche gli abolizionisti, ansiosi di togliere di mezzo tutti gli eventuali argomenti a favore della pena di morte, non disdegnano – per così dire – di scendere sul piano pratico, contestando l'efficacia della pena di morte in vista degli scopi di utilità sociale che gli Stati mantenitori le attribuiscono.

Una testimonianza della discesa sul piano utilitaristico da parte degli abolizionisti al fine, non solo di rafforzare le proprie tesi, ma anche di far proprie quelle concezioni che a prima vista costituirebbero la colonna portante dei favorevoli alla sanzione massima, viene offerta da Norberto Bobbio nella sua celebre opera *L'età dei diritti*. Infatti, nel saggio *Contro la pena di morte* questo autorevole filosofo afferma che gli argomenti pro e contro dipendono quasi sempre dalla concezione che i due contendenti hanno della funzione della pena generalmente intesa.²⁷⁰ Le concezioni tradizionali sono due: quella retributiva che riposa sulla regola della giustizia come uguaglianza o corrispondenza tra eguali, secondo la massima che è giusto che chi ha compiuto un'azione malvagia venga colpito dallo stesso male che ha causato agli altri²⁷¹ e dunque è giusto (giustizia vuole) che chi uccide sia ucciso (non ha diritto alla vita chi non la rispetta, perde il

²⁷⁰ Norberto Bobbio, *Contro la pena di morte* in *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1994, pag. 193.

²⁷¹ La concezione retributiva ritiene che la funzione della pena è di contraccambiare il *malum actionis* col *malum passionis*, la legge del taglione, del contraccambio, del contrappasso di cui è esempio notissimo l'inferno di Dante.

diritto alla vita che l'ha tolta ad altri); e, quella preventiva,²⁷² secondo cui la funzione della pena è di scoraggiare con la minaccia di un male e, nel nostro caso con la previsione della morte come pena, le azioni che un determinato ordinamento considera dannose. In base a questa concezione della pena, ne discende, che la pena di morte è giustificata soltanto se si può dimostrare che la sua forza intimidatrice è superiore a quella di ogni altra pena compreso l'ergastolo.

Le due concezioni della pena – retributiva e preventiva o intimidatrice o deterrente – si contrappongono anche come concezione etica e concezione utilitaristica, e si fondano su due teorie diverse dell'etica, la prima su un'etica dei principi o della giustizia, la seconda su un'etica utilitaristica, che ha prevalso negli ultimi secoli e continua a prevalere nel mondo anglosassone. Orbene, è a questo punto che assistiamo alla discesa degli abolizionisti nell'ambito pratico perché se si può dire in generale che gli anti-abolizionisti si appellano alla prima (teoria retributiva), gli abolizionisti si appellano alla seconda (teoria preventiva) in base al principio che la previsione della morte come pena non ha efficacia di utilità sociale perché il suo effetto deterrente non può essere riscontrato in ambito pratico anche attraverso l'ausilio di ricerche empiriche sulla maggiore o minore deterrenza delle pene.²⁷³

In realtà il dibattito risulta essere rafforzato dal fatto che le concezioni della pena, come abbiamo osservato nel capitolo relativo alle teorie della pena generalmente intesa, non sono soltanto queste due ma, ne ricorrono altre tre: la pena come espiazione, come emenda e come difesa sociale. Ora, di queste la prima sembra essere

²⁷² La concezione preventiva si basa sul principio, formulato da Seneca, del *ne peccatur*,: la previsione della pena ha la funzione di impedire che altri commettano in futuro azioni delittuose.

²⁷³ Norberto Bobbio, *Contro la pena di morte*, in *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1994, pp. 193-194.

più favorevole alla abolizione della pena di morte che non alla sua conservazione: per espiare bisogna continuare a vivere. Ma si può anche sostenere che la vera espiazione sia la morte, la morte intesa come purificazione della colpa, la cancellazione della macchia: il sangue si lava col sangue.²⁷⁴ A rigore, questa concezione della pena è compatibile tanto con la tesi del mantenimento quanto con la tesi dell'abolizione della pena di morte.

La seconda – quella dell'emenda – è la sola che escluda totalmente la pena di morte. Anche il più perverso dei criminali può redimersi: se viene ucciso, automaticamente gli viene sbarrata la via del perfezionamento morale che non può essere rifiutato ad alcuno.

La terza concezione, quella della difesa sociale, è anch'essa ambigua: generalmente i sostenitori della pena come difesa sociale sono stati e sono abolizionisti, ma lo sono per ragioni umanitarie anche perché rifiutano il concetto di colpa che sta alla base della concezione retributiva, la quale trova la propria giustificazione soltanto ammettendo la libertà del volere.²⁷⁵ Tuttavia la teoria della difesa sociale non esclude la pena di morte: si potrebbe sostenere che il miglior modo per difendersi dai criminali più pericolosi è quello di eliminarli.

Fatta questa doverosa ed inderogabile premessa d'ordine filosofico a testimonianza che nulla vieta di demolire ogni tesi con la sua antitesi – es. utilità (tesi) non-utilità (antitesi) – e ritornando al processo di internazionalizzazione della pena di morte, la risoluzione 62/149 che rappresenta un'espressione recente e autorevole delle posizioni del fronte abolizionista, richiama, oltre all'argomento secondo il quale la pena di morte rappresenta una «mina» contro l'umanità, pure l'argomento della mancata dimostrazione del suo speciale effetto

²⁷⁴ Norberto Bobbio, *Contro la pena di morte*, in *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1994, pag. 195.

²⁷⁵ Norberto Bobbio, *Contro la pena di morte*, in *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1994, pag. 196.

deterrente. Sembrerebbe che, una volta accettata l'idea che la pena di morte sia materia di preoccupazione internazionale, il tema sia poi affrontato in sede internazionale a tutto tondo, senza trascurare quegli aspetti che in quanto tali attengono alle scelte di politica penale di ciascuno Stato.

Alla luce di queste premesse, dobbiamo approfondire il tema della pena di morte a partire dal momento in cui questo assume una dimensione internazionale, per effetto dell'internazionalizzazione del rispetto del diritto alla vita. Diritto alla vita che rappresenta per gli Stati abolizionisti, la ragione del convincimento che la pena di morte sia una violazione dei diritti umani.

6.1 PENA DI MORTE E DIRITTI UMANI

Essendo ancora vivo il ricordo degli orrori del nazismo e della Seconda guerra mondiale, la prima occasione di confronto internazionale sul tema della pena di morte è la discussione che ha luogo intorno al significato del diritto alla vita in occasione dell'elaborazione della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948. Per i pochi Stati abolizionisti dell'epoca, questa è una violazione di tale diritto. I mantenitori invece, che pur essendo in maggioranza erano già allora costretti ad adottare una posizione difensiva, ritengono che la pena di morte sia un'eccezione al godimento del diritto alla vita. Nessuna delle due posizioni contrapposte, né quella minoritaria né quella largamente maggioritaria, prevale: si decide piuttosto per il silenzio della Dichiarazione sulla questione della pena di morte.²⁷⁶ Tale soluzione renderà possibile il graduale consolidamento della posizione abolizionista nei decenni successivi, impedendo che la

²⁷⁶ Sebbene la pena di morte non venga espressamente menzionata, dato che l'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino afferma che «ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà, ed alla sicurezza della propria persona», la sua negazione deve considerarsi implicita.

cristallizzazione della tesi secondo cui la pena di morte è compatibile con il rispetto dei diritti riconosciuti nella Dichiarazione paralizzando ogni ulteriore evoluzione.

Ciò che non accade nel 1948 accade però solo due anni dopo, quando viene adottata la Convenzione europea dei diritti umani. L'Europa, attualmente liberatasi dallo spettro della pena di morte in quanto totalmente abolizionista ad eccezione della Bielorussia, inizia infatti il suo cammino verso l'abolizione partendo da una posizione alquanto arretrata: l'art.2 della Convenzione europea stabilisce che «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nei casi in cui il delitto sia punito dalla legge con tale pena». La previsione della pena di morte quale limitazione alla portata del diritto alla vita, alla sola condizione che questa sia stabilita per legge e inflitta mediante sentenza di un tribunale – in sostanza che di pena di morte e non di esecuzione extragiudiziale, si tratti – avrà effetti rilevanti sulle modalità non sempre lineari attraverso le quali si affermerà in seguito la tendenza abolizionista nel contesto europeo. La tappa successiva è costituita dall'adozione, ben diciotto anni dopo la Dichiarazione e sedici dopo la Convenzione europea, del Patto internazionale sui diritti civili e politici che rappresenta, dal punto di

vista che a noi interessa, un significativo passo avanti.²⁷⁷ Gli Stati abolizionisti sono nel 1966 cresciuti di numero e già si manifesta una tendenza, se non ad abolire del tutto, quanto meno a ridimensionare lo spazio della pena di morte. Questa evoluzione è ben lungi dal comportare che i tempi siano maturi per la previsione di un divieto della pena di morte in quanto tale dato che ancora numerosi stati mantenitori sarebbero posti nella condizione di non ratificare il Patto, con conseguenze negative facilmente immaginabili per lo sviluppo della protezione dei diritti umani nel suo complesso.²⁷⁸

Il patto, tuttavia, a differenza della Dichiarazione universale, non è neutrale rispetto alla pena di morte. Vi si adotta per la prima volta, una prospettiva abolizionista, che si esprime, da una parte, in formule che suggeriscono l'auspicabilità dell'abolizione e dall'altra, nella previsione di una serie di limiti concreti all'uso della pena di morte.

²⁷⁷ Secondo l'art. 6 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, «1. Il diritto alla vita è inerente alla persona umana. Questo diritto deve essere protetto dalla legge. Nessuno può essere arbitrariamente privato della vita. 2. Nei paesi in cui la pena di morte non è stata abolita, una sentenza capitale può essere pronunciata soltanto per delitti gravi, in conformità alle leggi vigenti al momento in cui il delitto fu commesso e purché ciò non sia in contrasto né con le disposizioni del presente Patto né con la Convenzione per la prevenzione e la punizione del delitto di genocidio. Tale pena può essere eseguita soltanto in virtù di una sentenza definitiva, resa da un tribunale competente. 3. Quando la privazione della vita costituisce delitto di genocidio, resta inteso che nessuna disposizione di questo articolo autorizza uno Stato parte del presente Patto a derogare in alcun modo a qualsiasi obbligo assunto in base alle norme della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio. 4. Ogni condannato a morte ha il diritto di chiedere la grazia o la commutazione della pena. L'amnistia, la grazia o la commutazione della pena di morte possono essere accordate in tutti i casi. 5. Una sentenza capitale non può essere pronunciata per delitti commessi da minori di 18 anni e non può essere eseguita nei confronti delle donne incinte. 6. Nessuna disposizione di questo articolo può essere invocata per ritardare o impedire l'abolizione della pena di morte ad opera di uno Stato parte al presente Patto».

²⁷⁸ Come ogni accordo internazionale, il Patto sui diritti civili e politici è vincolante solo per gli Stati che lo ratificano e non per gli Stati terzi. Tra la posizione degli Stati parte del Patto a tutti gli effetti e quella degli Stati ad esso estranei occorre però dare conto della posizione di quegli Stati che, pur avendo ratificato il atto, hanno formulato una o più riserve nelle quali dichiarano di non accettare o di accettare solo entro certi limiti di essere vincolati da talune norme in esso contenute. Per esempio, gli Stati Uniti, pur avendo ratificato il Patto, hanno formulato riserva relativa all'art. 6. Gli Stati Uniti si riservano di prevedere e applicare la pena di morte rispettando unicamente i limiti previsti dalla propria Costituzione con la sola eccezione dell'ipotesi delle donne incinte, nei confronti delle quali si obbligano a non eseguire tale pena.

Fra le prime si segnalano l'apertura del comma 2 dell'art. 6: «nei paesi in cui la pena di morte non è stata abolita» – che qualcuno interpreta come un divieto di reintroduzione – e il comma 6 dello stesso articolo, nel quale si stabilisce che «nessuna disposizione di questo articolo può essere invocata per ritardare o impedire l'abolizione della pena di morte». Fra i secondi figurano, invece, il limite in base al quale la pena di morte «può essere pronunciata soltanto per i delitti più gravi», l'esclusione di questa per i minori di anni diciotto e la sua non comminazione nei confronti di donne incinte.

La prima delle due espressioni della prospettiva abolizionista del Patto si svilupperà in sede delle Nazioni Unite attraverso l'adozione di una serie di risoluzioni il cui punto di arrivo è costituito, per il momento dalle risoluzioni 62/149 e 63/430, citate in precedenza.

La seconda espressione troverà invece spazio nell'ambito di atti giuridici internazionali successivi, vincolanti e non, e nell'interpretazione evolutiva che delle norme del Patto, viene data dal Comitato dei diritti umani.²⁷⁹

Facciamo ora, invece, un passo indietro, richiamando l'esclusione esplicita della pena di morte dal novero delle violazioni del diritto alla vita, di cui all'art. 2 della Convenzione europea di diritti dell'uomo del 1950. Se tale esclusione è un ostacolo allo sviluppo di una giurisprudenza di segno abolizionista in ambito europeo, è nondimeno all'origine di un importante arricchimento della strategia abolizionista europea e globale. Infatti, proprio al fine di superare quell'ostacolo, diventato con il tempo obsoleto, la Corte di Strasburgo è indotta a prendere per la prima volta in esame la pena di morte nella prospettiva di un altro diritto internazionalmente riconosciuto: il diritto a non subire torture o trattamenti o punizioni

²⁷⁹ Antonio Marchesi, *La via maestra dell'abolizione totale* in Piero Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 180.

inumani o degradanti; non c'è dubbio che, anche tale aspetto, abbia una portata sociologica di ampio respiro.

Tale diverso modo di inquadrare la pena di morte, non essendo questa più prevista negli ordinamenti degli Stati che fanno parte della Convenzione,²⁸⁰ viene applicato dalla Corte ad alcuni casi di estradizione per un reato punibile con la pena capitale in uno Stato terzo richiedente. In particolare, nella sentenza relativa al caso *Soering v. Regno Unito*,²⁸¹ la Corte di Strasburgo accoglie il ricorso, affermando che in presenza di alcune condizioni – ivi compreso il periodo di tempo assai lungo che viene trascorso nel braccio della morte con l'angoscia sempre presente e crescente dell'attesa dell'esecuzione capitale – l'insieme degli aspetti che circondano al pena di morte può costituire una violazione dell'art. 3 della Convenzione.²⁸² Per quanto la Corte sia attenta a circoscrivere la portata delle proprie conclusioni alla situazione specifica, la sentenza *Soering* apre la porta allo sviluppo di una giurisprudenza che tende ad avvicinarsi sempre più al suo approdo naturale: qualificare la pena

²⁸⁰ Gli Stati che fanno parte della Convenzione sono ad oggi 47 di cui 28 fanno parte dell'Unione Europea: i paesi che dettero vita inizialmente al Consiglio d'Europa sono 10, mentre gli altri 37 stati hanno aderito successivamente. Gli stati che hanno ratificato la Convenzione europea dei diritti e dell'uomo sono: Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Grecia, Turchia, Islanda, Germania, Austria, Cipro, Svizzera, Malta, Portogallo, Spagna, Liechtenstein, San Marino, Finlandia, Ungheria, Polonia, Bulgaria, Slovenia, Lituania, Estonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Romania, Andorra, Lettonia, Albania, Moldavia, Macedonia, Ucraina, Russia, Croazia, Georgia, Armenia, Arzerbaigian, Bosnia ed Erzegovina, Serbia, Monaco, Montenegro. Come possiamo notare Gli stati geograficamente europei che non fanno parte del Consiglio d'Europa sono soltanto due: il Vaticano che rimane volontariamente al di fuori delle organizzazioni internazionali, e la Bielorussia a cui è stato negato l'ingresso per mancanza di democrazia.

²⁸¹ John Soering, cittadino tedesco, uccide nel 1986 in Virginia i genitori della fidanzata canadese in collaborazione con quest'ultima. I due vengono arrestati nel Regno Unito, e gli Stati Uniti, invocando il Trattato di estradizione del 1972 che lega i due Stati, ne chiedono l'extradizione affinché siano processati per *capital murder*, omicidio punibile con la pena di morte. Tuttavia, la Corte di Strasburgo accoglie il ricorso. Richard Lillich, *The Soering case* (26 gennaio del 1989), in *American Journal of International Law*, 1991.

²⁸² L'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sancisce il divieto di tortura: «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamento inumani o degradanti».

di morte in quanto tale (e non più le circostanze che possono eventualmente caratterizzare un caso specifico) come punizione inumana degradante o persino come tortura. La sentenza *Soering* produce, in un certo senso, anche un effetto collaterale. Essa propone quello che è stato definito il «dilemma del braccio della morte».²⁸³ Se infatti, da un lato, è fuori discussione che l'intervallo di tempo fra condanna a morte in prima istanza ed esecuzione debba essere tale da consentire tutti i passaggi necessari a evitare errori giudiziari, dall'altro la lunga attesa in un braccio della morte può tradursi in un trattamento contrario ai diritti umani dato che tra la sentenza di morte e il giorno dell'esecuzione possono passare diversi anni.²⁸⁴

La considerazione della pena di morte in quanto violazione del diritto a non subire torture o trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti non è soltanto un *escamotage* dettato dalla necessità di aggirare un ostacolo ma riflette altresì un profilo sostanziale. Lo conferma il fatto che, a distanza di pochi anni, anche nel quadro della prassi applicativa del Patto internazionale sui diritti civili e politici – rispetto al quale il problema dell'eccezione relativa alla pena di morte prevista dalla Convenzione europea non si pone – il tema della pena capitale venga nondimeno affrontato in questa diversa prospettiva. Nel contesto dell'applicazione del Patto, peraltro, ad essere valutata alla stregua della norma sulla tortura, anziché alla

²⁸³ Antonio Marchese, *La via maestra dell'abolizione totale*, in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 181.

²⁸⁴ Un tentativo di risolvere tale dilemma è quello consistente nella fissazione di un limite massimo di permanenza in un braccio della morte. Così la Corte suprema dell'Uganda ha stabilito di recente (20 gennaio 2009) che dopo tre anni di attesa le condanne a morte debbano essere commutate in ergastolo. E in Giamaica, il cui Senato si è pronunciato alla fine del 2008 contro la proposta di abolizione della pena di morte, le condanne a morte vengono commutate in carcere a vita dopo cinque anni di attesa. In Kenya si è affermata la necessità di commutare la pena di oltre quattromila persone detenute nel braccio della morte, con la considerazione che «la prolungata permanenza nel braccio della morte provoca angoscia e sofferenze non necessarie, traumi psicologici, ansia e trattamento inumano». Antonio Marchesi, *La via maestra dell'abolizione totale* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 181.

luce di quella sul diritto alla vita, non è la privazione della vita in quanto tale, ma soltanto alcuni aspetti relativi a tale privazione che pongono il problema specifico dell'infliggere una sofferenza, fra cui i metodi dell'esecuzione capitale. In tal senso, è opportuno ricordare una decisione del Comitato dei diritti umani che, in occasione delle contestazioni del ricorso di *Ng v. Canada*, ha stabilito che «l'esecuzione mediante asfissia da gas non è conforme al criterio della sofferenza fisica e mentale minore possibile e costituisce un trattamento crudele e inumano, in violazione dell'articolo 7 del Patto».²⁸⁵

A margine del discorso intorno alla pena di morte nell'ottica del diritto internazionalmente riconosciuto a non subire torture, occorre accennare la circostanza che una problematica analoga si è posta ripetutamente anche nel contesto dell'applicazione dell'ottavo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America che vieta i *cruel and unusual punishments*, in ambito interno, dunque, ma di particolare rilevanza sociale. Infatti, di recente la Corte Suprema degli Stati Uniti ha preso in esame il metodo dell'iniezione letale. Anche se questa ha stabilito, con una maggioranza piuttosto ampia (sette giudici su nove) il cui dato non è da sottovalutare, che l'iniezione letale non è «crudele e inusuale» ai sensi della Costituzione, colpisce che un metodo inaugurato non molti anni fa, perché meno cruento della sedia elettrica e della camera a gas e al riparo da possibili censure sotto il profilo della sua crudeltà, venga ora, in una sorta di slittamento progressivo, messo in discussione proprio da questo punto di vista. Forse colpisce, perché sono numerose e ben note le testimonianze di esecuzioni prolungate e rese

²⁸⁵ Comitato sui diritti umani, 5 novembre 1993, Considerazioni sulla comunicazione n. 469/1991, *Ng v. Canada*, riportate in *Rivista di Diritto Internazionale*, 77 (1994), 16, pp. 790 ss. L'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici afferma: «nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. In particolare nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico».

macabre da improvvise complicazioni tecniche, errori dei carnefici o deliranti tentativi del condannato di opporsi all'esecuzione e, più spesso, dalla sua permanente disperata lucidità. Infatti, sembra ormai accertato, in particolare, che l'esecuzione attraverso la triplice iniezione letale a base di sodio, bromuro e cloruro di potassio possa lasciare la vittima a lungo cosciente, imprigionata dal suo corpo paralizzato e agonizzante, in preda a dolori lancinanti.²⁸⁶ Così, la Corte Suprema ha sentenziato che, a fronte del ricorso di due condannati a morte del Kentucky che avevano, appunto, denunciato come incostituzionale l'iniezione letale, questa procedura è del tutto lecita in quanto da considerarsi un metodo per «estinguere la vita nel modo più umano possibile».²⁸⁷ I boia dunque sono autorizzati a riprendere il loro lavoro.

La pena di morte ha dunque rilievo per il diritto internazionale e per gli abolizionisti in quanto violazione o pretesa violazione del diritto alla vita o del diritto a non subire torture o trattamenti analoghi; di uno o di entrambi questi diritti, il diritto a non essere condannati a morte o a non essere messi a morte in esecuzione di una sentenza capitale, costituisce, secondo gli abolizionisti, una specificazione.

A partire dagli anni ottanta, quattro diversi protocolli impegnano gli Stati che ne sono parte ad abolire la pena di morte per tutti i reati o per i soli reati ordinari.²⁸⁸

²⁸⁶ Danilo Zolo, *Il patibolo e la guerra. La pena di morte come supplizio religioso*, in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 44.

²⁸⁷ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Baze v. Reed*, 16 aprile 2008.

²⁸⁸ Si tratta del Sesto Protocollo originario aggiuntivo alla Convenzione europea del 1983 che vieta la pena di morte per reati diversi da quelli commessi in tempo di guerra o di imminente pericolo di guerra; del Secondo Protocollo facoltativo addizionale al Patto sui diritti civili e politici del 1989 e del Protocollo relativo all'abolizione della pena di morte addizionale alla Convenzione americana dei diritti umani del 1990 che vietano la pena di morte ammettendo tuttavia l'apposizione di riserve relative ai reati gravi commessi in tempo di guerra; e del Tredicesimo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea del 2002 che vieta la pena di morte in ogni circostanza e non ammette riserve.

Inoltre, non dobbiamo dimenticare come la prospettiva abolizionista del Patto sui diritti civili e politici trovi un'espressione concreta nell'imposizione di limiti all'uso della pena di morte. La previsione di limiti, oltre a servire allo scopo specifico di salvare la vita a coloro la cui condanna/esecuzione comporterebbe il superamento di uno di tali limiti, è altresì funzionale alla strategia complessiva contro la pena di morte che si è andata articolando negli ultimi decenni. Lavorare attorno alla pena di morte, indebolirla fino a privarla di significato e creare così, un po' alla volta, le condizioni per la sua abolizione è infatti, lo scopo più importante dell'introduzione dei limiti. I limiti all'uso della pena di morte sono innanzitutto soggettivi: alcune categorie di persone sono escluse dal novero di coloro che possono essere condannati a morte o nei confronti dei quali una condanna a morte può essere eseguita. Le due ipotesi di maggiore rilievo sono quelle dei minori di anni diciotto al momento del reato e quella delle persone sofferenti di malattie mentali o affette da ritardi mentali.²⁸⁹ La questione dei minori può dirsi, per lo meno sul piano del riconoscimento della regola, pressoché risolta. Una sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti, la *Roper v. Simmons* del 2005, allinea infatti la posizione di tale stato, che fino a quel momento aveva difeso la possibilità di condannare a morte giovani di sedici o diciassette anni al momento della commissione del reato, a quella del resto del mondo. Infatti, come afferma Antonio Marchesi, «può dirsi oramai fondata una norma consuetudinaria generale che vieta l'inflizione della *juvenile death penalty*».²⁹⁰ Quanto a coloro

²⁸⁹ Antonio Marchesi, *Pena di morte e diritto umani. Una questione di principio*, Laterza, Milano, 2004, pag. 54.

²⁹⁰ Antonio Marchesi, *L'abolizione della juvenile death penalty negli Stati Uniti d'America* in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2005, pag. 475. Nonostante questo importante passo resta tuttavia l'anomalia dell'Iran, in cui sono continuate anche di recente le esecuzioni dei minorenni al momento del compimento del reato. Anche se anche in questo paese, si registra la tendenza a circoscrivere il più possibile le condanne e le esecuzioni penali di minorenni in vista della loro completa abolizione.

che soffrono di malattie di mente o che sono affetti da ritardi mentali,²⁹¹ sostanzialmente irrisolti sono tuttora il problema del riconoscimento della malattia mentale, da un lato, e quello, altrettanto difficile, della fissazione della soglia di ritardo rilevante, dall'altro.

Al di là dell'esistenza di categorie internazionalmente escluse dalla pena di morte, vi è però un'altra questione, più ampia, che attiene anch'essa alla pena di morte vista in un'ottica soggettiva: ci riferiamo alla circostanza per la quale la pena capitale sembrerebbe essere applicata, in molte se non in tutte le società nazionali nelle quali ancora esiste, esclusivamente o in maniera del tutto sproporzionata agli appartenenti a certe categorie di persone. Altrimenti detto, la repressione politica, la discriminazione razziale, le disuguaglianze economiche e sociali, l'emarginazione di certi gruppi sociali o una combinazione di questi fattori tendono a influenzare in maniera inaccettabile la scelta dei condannati alla pena capitale; questa scelta si salda dunque, aggravandone gli effetti, con il mancato rispetto di altri diritti umani.²⁹² La circostanza che essa sia calata in una realtà dalla quale l'arbitrio e la discriminazione sono ben difficili da eliminare finisce con l'essere un argomento efficace,

²⁹¹ La Risoluzione del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite 1989/64 del 24 maggio 1989 ha indicato la categoria dei malati di mente come «persone sofferenti di ritardo mentale o con competenze mentali assai limitate».

²⁹² Uno studio effettuato dal *Capital Jury Project*, basato su interviste a 1115 giurati in 340 processi celebrati in 14 diversi Stati americani, conferma la rilevanza della razza nella formazione delle giurie nei processi capitali. Lo studio dimostra che una sentenza capitale diventa tre volte più probabile per un imputato nero accusato dell'omicidio di un a vittima bianca quando la giuria risulta essere composta da cinque giurati bianchi. E che una sentenza all'ergastolo anziché alla pena di morte, nei confronti di un imputato nero diventa due volte più probabile quando la giuria è composta da almeno un giurato nero. Il governatore George Ryan che nel gennaio del 2003 ha commutato tutte le condanne a morte in Illinois, poco prima di concludere il suo mandato, nell'annunciare il relativo provvedimento ha fatto presente che in quello Stato almeno 35 imputati neri erano stati condannati a morte da giurie composte da soli bianchi. Questi resoconti che confermano la tendenza del pregiudizio razziale sono documentate in Amnesty International, *United States of America: Death by discrimination – the continuing role of race in capital case*, AI Index, AMR 51/046/2003.

molto usato dal movimento abolizionista, contro la pena *tout court*. Per quando riguarda invece i limiti oggettivi alla comminazione della pena esemplare, possiamo affermare che oggi gli Stati tendono ad applicare la morte come pena solo per i reati più gravi. La categoria dei delitti più gravi è stata interpretata, secondo una modalità tipica del sistema di protezione internazionale dei diritti umani, in maniera progressivamente più restrittiva, tanto da costringere la pena di morte in uno spazio alquanto angusto.

Quindi, sul piano internazionale, non essendo l'obiettivo dell'abolizione totale della pena capitale ancora a portata di mano, è opportuno continuare lo sforzo di limitarla ai reati più gravi nella triste consapevolezza che spesso, neppure tale limite è da tutti gli Stati rispettato. Ma, allo stesso tempo, l'idea della limitazione della pena di morte a taluni reati eccezionali è una ulteriore conferma della sua legittimazione anche in rari casi.

Vi sono, infine, garanzie di tipo procedurale che derivano in parte da regole applicabili a qualunque processo penale e in parte, invece, sono tipiche dei procedimenti relativi a reati capitali. Le garanzie del primo tipo tendono a diventare più stringenti e inderogabili nell'ipotesi che possa essere inflitta una condanna a morte; quelle specifiche attengono principalmente al diritto di chiedere la grazia e a quello di non essere messi a morte finché la relativa richiesta non sia stata definitivamente rigettata.²⁹³ Queste garanzie procedurali,

²⁹³ Tra le garanzie di tipo procedurale possono essere inquadrate le regole stabilite nell'art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari che obbligano gli stati aderenti a rendere possibile la comunicazione tra il cittadino straniero arrestato e/o accusato di un reato e la propria rappresentanza diplomatica o consolare, e permettere a quest'ultima di svolgere funzioni di assistenza. Dobbiamo ricordare in tal senso le sentenze della Corte internazionale di giustizia – *Germania v. Stati Uniti* e *Messico v. Stati Uniti* – che ne hanno accertata la violazione dell'art. 36 della Convenzione di Vienna da parte degli Stati Uniti con riferimento a due cittadini tedeschi e a un gruppo di cittadini messicani condannati a morte in quel paese. Corte internazionale di Giustizia, *La Grand Case (Germany v. United States of America)* sentenza del 27 giugno 2001 e Corte Internazionale di Giustizia, *Case Concerning Aven and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentenza del 31 marzo 2004.

anche se possono servire in concreto a ridurre il numero delle condanne o delle esecuzioni capitali, sono pur sempre finalizzate in quanto tali ad evitare gli errori giudiziari e non la pena di morte. Ma la circostanza che, ancora una volta, nonostante la previsione di limiti o garanzie procedurali, errori giudiziari vengano commessi, mentre per un verso suggerisce la necessità di riformare il sistema giudiziario, per un altro verso, soprattutto quando il rischio di errori è concreto e difficile da rimuovere, diventa un argomento a favore dell'abolizione. Si tratta di un argomento particolarmente importante che può essere condiviso anche da coloro che non sono contrari per principio alla pena di morte.

Giunti al termine di questa illustrazione degli sforzi compiuti dal movimento internazionale per l'abolizione di morte, un punto sembra emergere con particolare evidenza: i membri della coalizione che si è andata costruendo e rafforzando negli ultimi anni sono, da una parte, motivati dalla propria contrarietà assoluta alla pena di morte e sono, dall'altra pragmatici e flessibili nella scelta dei modi per avvicinare l'obiettivo che sta loro a cuore. E se la contrarietà assoluta della pena di morte, più precisamente la convinzione che questa sia contraria in via di principio al diritto alla vita, è il presupposto della proiezione della questione sul piano internazionale, i successi ottenuti dal movimento abolizionista si devono invece, in buona parte, al pragmatismo e alla flessibilità.²⁹⁴

Pragmatismo e flessibilità, che hanno ispirato e tutt'ora ispirano l'intera strategia abolizionista, si sono tradotti in primo luogo nell'uso, anche spregiudicato, di tutti gli argomenti che possono risultare utili in vista dell'abolizione della pena di morte nel mondo. Oltre che ad argomenti etici e di principio, più coerenti con una posizione di contrarietà assoluta alla pena capitale, si è fatto ricorso

²⁹⁴ Antonio Marchesi, *La via maestra verso l'abolizione totale* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 193.

anche ad argomenti utilitaristici in base ai quali la pena di morte non è utile. In particolare gli abolizionisti hanno contestato l'argomento secondo cui la pena di morte avrebbe un'efficacia deterrente, segnalando al contempo l'effetto contrario – di brutalizzazione della società – che la pena talvolta produce. Sono stati spesso richiamati argomenti che pongono l'accento non sulla pena di morte in sé, ma sul modo in cui questa viene inflitta ed eseguita in concreto: mettendo in luce il peso dell'arbitrio e della discriminazione nella selezione dei condannati, la possibilità o addirittura la frequenza di errori giudiziari, la crudeltà prima psichica e poi fisica insite nell'esecuzione di una condanna a morte. Gli argomenti in questione non sono decisivi (che la pena di morte sia davvero priva di una efficacia deterrente, che venga davvero usata in maniera razzista, che si commettano effettivamente errori giudiziari irreparabili e che non la si possa applicare in maniera indolore) ma si sono rilevati particolarmente utili in contesti nei quali la posizione contraria alla pena di morte per ragioni di principio stenta ad affermarsi. Oggi, alla luce dei progressi che si sono avuti in ambito europeo ed internazionale, ci si chiede non se la pena di morte sarà un giorno abolita, ma quando lo sarà.²⁹⁵

²⁹⁵ Antonio Marchesi, *La via maestra verso l'abolizione totale* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 194.

7. UNA QUESTIONE DI OPPORTUNITÀ: IL FASCINO OSCURO E TRAGICO DELLA DETERRENZA

In ogni discussione a livello sociale ed accademico sulla pena di morte si dà per scontato quello che andrebbe puntualmente dimostrato e cioè che si tratta di un rimedio che non svolge un effetto dissuasivo nei confronti della criminalità, tanto che, si sostiene, nei paesi dove viene applicata gli indici di criminalità grave non accennano a diminuire. Senonché proprio su questo punto l'opinione pubblica, nella sua maggioranza, mostra di avere idee alquanto diverse. Di fronte agli atti di terrorismo, alle stragi e agli efferati delitti di mafia sono molti ad essere convinti che il ricorso alla pena di morte sortirebbe un indubbio effetto intimidativo, tanto da poter svolgere una salutare azione di prevenzione generale grazie anche alla sua esemplarità e pubblicità mediata. Di fronte a crimini gravissimi, come il rapimento di un bambino o di una giovane madre, con conseguente uccisione dell'ostaggio, l'opinione pubblica rimane sgomenta ed è convinta che la paura del carcere non sia in grado di fermare delinquenti capaci di commettere tali delitti; solo la paura della morte può svolgere un effetto deterrente impedendo il diffondersi di tutta una serie di reati opportunamente e variamente individuati. Questa convinzione è così tanto radicata nel contesto sociale da accentuare sempre più il fascino indiscreto che la pena capitale ha esercitato per lungo tempo ed in certe società suscita ancora.²⁹⁶ Inoltre l'opinione pubblica, incurante della presenza di numerose Carte internazionali che direttamente od indirettamente rilevano la messa in mora dell'estremo supplizio, è convinta della necessità di ricorrere alla pena di morte di fronte a delitti

²⁹⁶ Elio Palombi, *Introduzione a Contro la pena di morte: scritti di Francesco Carrara (1805-1888)*, IPSOA, Assago, 2001, pag. VII.

particolarmente efferati, quali le stragi, i rapimenti e le violenze contro persone inermi. Senza contare che nel mondo molti paesi annoverano ancora nei loro ordinamenti la pena capitale, e non solo per reati di eccezionale gravità.

È dunque, un dibattito sociologico-politico, che investe singole realtà nazionali ed internazionali dove si sono moltiplicate le iniziative volte a contenere e, in prospettiva, ad eliminare il diritto di uccidere: quel terribile diritto, quel potere di infliggere legittimamente la morte che nel passato e nel presente è stato attribuito al detentore della sovranità.²⁹⁷

7.1 L'ILLUSIONE DELLA DETERRENZA: UN PARTICOLARE SGUARDO AGLI STATI UNITI

Da quando si è applicato allo studio della criminalità il metodo della ricerca positiva sono state fatte ricerche empiriche sulla maggiore o minore deterrenza delle pene, confrontando i dati della criminalità in periodi e in luoghi con o senza pena di morte. Queste indagini sono state naturalmente facilitate negli Stati Uniti – la sola democrazia occidentale nella quale si registra una forte propensione della classe politica e della magistratura per il mantenimento della pena capitale, assieme ad un diffuso consenso dell'opinione pubblica per questa estrema sanzione – dal fatto che vi sono Stati in cui vige la pena di morte e altri in cui è stata abolita.

²⁹⁷ Pietro Costa, *Il diritto di uccidere, L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010.

E proprio negli Stati Uniti, dalla fine degli anni settanta del Novecento ad oggi, si è sviluppato sull'argomento della deterrenza un acceso dibattito sociale, teorico e politico.²⁹⁸

L'effetto deterrente, generalmente inteso, si ottiene sui membri della società attraverso la punizione dei responsabili dei delitti; per mezzo dell'applicazione della legge a casi concreti, lo Stato invia messaggi alla società indicando quali azioni devono effettivamente essere considerate reati e quale pena sarà applicata in caso di violazione di una particolare norma penale. In questo modo attraverso processi, consci e non, di apprendimento o di imitazione, si crea nella società un certo grado di conformità alle prescrizioni della legge.²⁹⁹

I risultati sugli effetti delle sanzioni penali non sono incoraggianti: alla mole enorme di studi sull'argomento si accompagna la malinconica convinzione che essi necessitano di una più corretta impostazione metodologica.³⁰⁰ Ad esempio si sostiene come il fattore più importante nel potenziare l'effetto deterrente della pena sia la percezione della certezza dell'applicazione della pena o, quantomeno, la percezione della severità della stessa o la rapidità

²⁹⁸ Per gli storici della pena capitale in America l'era attuale inizia nel 1972 con la decisione della Corte Suprema nel caso *Furman v Georgia* che aveva dichiarato incostituzionali tutte le leggi allora in vigore che prevedevano la pena di morte e lasciava presagire che l'abolizione completa fosse a portata di mano. La decisione provocò una reazione molto forte che, dopo un lungo periodo di declino, rivitalizzò la pena capitale, con elettori e politici indignati che chiedevano a gran voce nuove leggi che la imponessero. Quattro anni dopo, nel caso *Gregg v. Georgia* (1976), la Corte Suprema tornò sui suoi passi dichiarando la costituzionalità di varie leggi che prevedevano la pena di morte.

²⁹⁹ Silvio Ciappi – Anna Coluccia, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli, Milano, 1997, pag. 41.

³⁰⁰ Per quanto riguarda l'aspetto metodologico, Silvio Ciappi e Anna Coluccia in *Giustizia e riparazione. Retribuzione, riabilitazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, affermano che le ricerche volte a valutare l'effetto deterrente della sanzione penale, seguono tre grandi linee: 1) studi trasversali, comparando tra loro due o più aree geografiche molto simili e differenti per il tipo di legislazione penale; 2) studi longitudinali, finalizzati alla ricerca dei rapporti tra mutamenti legislativi ed i tassi di delinquenza; 3) studi soggettivi, finalizzati alla verifica della percezione e della conoscenza della legge da parte dei cittadini; 4) studi sperimentali, volti all'analisi dell'effetto deterrente di differenziate sanzioni penali tramite l'utilizzazione di veri e propri esperimenti sul campo.

dell'irrogazione. L'analisi degli studi sull'effetto deterrente della sanzione penale ha trovato vasta applicazione per la valutazione degli effetti della pena di morte, considerata come la pena esemplare e sulla quale esiste il più alto numero di studi riguardo l'effetto deterrente. Sull'argomento vi è una estesa letteratura la quale tuttavia offre risultati divergenti ed in alcuni casi ambigui a causa della natura di un argomento dalle forti implicazioni etico-ideologiche.

Una prima autorevole valutazione complessiva degli studi empirici sulla pena di morte è stata effettuata da Marc Ancel, nel rapporto a lui commissionato dalle Nazioni Unite.³⁰¹ Secondo il giurista francese, le informazioni di cui dispone confermano «l'opinione ora generalmente accolta secondo cui l'abolizione o la sospensione della pena di morte non hanno effetto immediato di accrescere in modo apprezzabile l'incidenza del crimine».³⁰² La conclusione di Ancel formulata in un linguaggio comprensibilmente cauto viene raggiunta a seguito dell'esame di un ventaglio di ipotesi: quella dell'abolizione *de facto*, quella dell'abolizione *de iure*, totale o solo per certi reati (ovvero, della riduzione del numero dei reati capitali), e quella della riduzione del numero delle esecuzioni capitali. È interessante, peraltro, il riferimento di Ancel ad una opinione generalmente accolta, che si presume sia quella dei criminologi o, quantomeno, degli addetti ai lavori, non della popolazione in generale: già all'epoca – sembra dire lo studioso – il dibattito colto sulla deterrenza sarebbe orientato nel senso che la pena di morte non abbia effetti deterrenti.

³⁰¹ Può apparire strano che le Nazioni Unite, nel cui quadro si va affermando l'idea che la pena di morte viola i diritti umani, abbiano commissionato studi empirici sull'argomento: gli aspetti utilitaristici della questione dovrebbero, nella misura in cui vengano accolte le posizioni abolizionistiche di principio, passare in secondo piano. Però anche gli abolizionisti usano l'argomento della mancata dimostrazione di una speciale efficacia deterrente, se non altro per ribattere le tesi dei mantenitori.

³⁰² Marc Ancel, *Capital punishment*, cit., pag. 53. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, 1962 .

Il rapporto Morris, di pochi anni successivo, non giunge nel merito, a conclusioni diverse ma è interessante sul piano metodologico.³⁰³

Vi s'insiste, preliminarmente, sul carattere relativo che necessariamente assumono le conclusioni circa gli effetti deterrenti della pena di morte, che va confrontata con l'alternativa dell'imprigionamento prolungato: il problema di cui si discute è dunque quello della presenza o assenza di un effetto deterrente *unico* della pena di morte.³⁰⁴ Ciò premesso, Morris ritiene che vi siano tre modi per giungere a conclusioni sul punto: quello del confronto fra il numero di reati commessi prima e dopo l'abolizione della pena di morte per un dato reato nell'ordinamento giuridico di uno Stato; quello del confronto fra il numero dei reati commessi in uno Stato che ha abolito ed in uno Stato che mantiene la pena di morte per il medesimo reato; e quello del numero dei reati commessi prima e dopo l'esecuzione di una condanna a morte per il reato di cui si tratta. Orbene, nessuno dei tre test portò a ritenere che la pena di morte abbia un effetto deterrente unico, ovvero una efficacia maggiore, nel prevenire la commissione di gravi reati, di quella che può avere il carcere prolungato.³⁰⁵

Fra questi studi dobbiamo segnalare il modello econometrico e sociologico che ha consentito a Ehrlich Layson di giungere ad una duplice conclusione: che le esecuzioni capitali avrebbero un effetto di dissuasione del crimine superiore ad una condanna all'ergastolo o a una lunga detenzione e che si può statisticamente dimostrare che una singola esecuzione capitale riduce di diverse unità il numero delle future vittime. Infatti il celebre studio dell'economista Ehrlich, passato poi alla criminologia e considerato *l'enfant terrible* delle

³⁰³ Morris usa l'espressione *deterrence* per indicare non soltanto la *general deterrence* ma anche quella che lui chiama *special deterrence* che consiste nell'impedire che la stessa persona possa commettere un altro crimine.

³⁰⁴ Morris, *Capital punishment. Developments*, cit., pag. 37, 1961-65.

³⁰⁵ Morris, *Capital punishment. Developments* in Antonio Marchesi, *Pena di morte e diritti umani. Una questione di principio*, Laterza, Milano, 2004, pag. 39.

teorie sulla deterrenza, scosse l'opinione pubblica mostrando come ogni esecuzione capitale fosse in grado di prevenire la commissione di sette-otto delitti.³⁰⁶ Il suo studio ebbe grandissima risonanza in un paese come gli Stati Uniti perennemente afflitto dalla piaga di una dilagante criminalità e i cui tassi di omicidio continuavano ad essere di gran lunga superiori a quelli di qualsiasi paese europeo.³⁰⁷ L'assunto neoclassico di Ehrlich risiedeva nella convinzione che «la propensione a commettere un crimine è influenzata dalla prospettiva di vantaggio o di danno associata alla sua commissione»;³⁰⁸ in sostanza, la prospettiva di un ingente danno futuro è la sola in grado di diminuire il tasso di crimine.

Questo studio, senz'altro importante per i presupposti su cui si fondava, è stato tuttavia al centro di vivaci discussioni. In particolare si è criticata la metodologia adoperata quale la scelta di un arco di tempo troppo ampio (dal 1930 al 1969) per dare una misura esatta della correlazione tra numero di esecuzioni e tasso di criminalità.³⁰⁹ Proprio sul periodo temporale considerato si sono focalizzate le

³⁰⁶ Andrea Chiti, - Batelli, *Perplexità sulla pena di morte: è davvero inutile?* Giuffrè, Milano, 2003, pag.46.

³⁰⁷ L'alto numero di reati contro la persona e l'allarme sociale suscitati da questi, pone infatti il timore della pena di morte come argomento propagandistico, rivolto ad una società stanca di aspettare che le grandi mutazioni sociologiche diminuiscano la criminalità, desiderosa di risposte rapide ed efficienti contro il dilagare del crimine. Particolarmente interessanti sono gli studi sulla paura del crimine – *fear of crime* – definita come la reazione emotiva al crimine caratterizzata da una sensazione di pericolo e di ansietà. La cosiddetta «paura astratta», influisce sui giudizi circa la gravità attuale del fenomeno criminale e sulla pressante richiesta di misure rigorose. So sostiene come ad esempio, i mass-media contribuiscono a fornire all'opinione pubblica il fenomeno criminale come qualcosa di astratto, e di altamente emotivo, sovrastimando spesso la realtà del fenomeno; ogni qualvolta l'oggetto della paura si concretizza, le valutazioni delle persone diventano più realistiche e le richieste di giustizialismo meno pressanti.

³⁰⁸ Ehrlich Layson, *The deterrent effects of capital punishment*, American Economics Review, 1975, vol. 65.

³⁰⁹ Lo studio economico e sociologico di Ehrlich si era basato sul prendere in considerazione sette sottovariabili, o fattori, e precisamente: la probabilità di essere catturato dopo la commissione di un omicidio, la probabilità di essere condannato a morte, la probabilità di esecuzione della sentenza, il tasso di disoccupazione, la percentuale di adulti nella forza lavoro, il reddito pro capite e la percentuale di giovani di età compresa tra i quattordici ed i ventiquattro anni nella popolazione.

critiche degli studi successivi. In particolare si è notato come Ehrlich, estrapolando dalla serie temporale un intervallo di alta correlazione tra numero delle esecuzioni e tassi di criminalità, lo abbia esteso a tutta la serie in oggetto. Contrariamente ai risultati dell'economista, lo studio trasversale di Thorsten Sellin (1959, 1980), volto a comparare i tassi di omicidio in Stati dove la pena di morte non è in vigore con quelli relativi a Stati in cui è in vigore, mostra come gli omicidi siano generalmente più frequenti nelle giurisdizioni in cui la pena di morte è prevista. Infatti, sulla base di questo risultato, Sellin ha avuto la possibilità di dimostrare come lo stato del Michigan, la cui legislazione non prevede la pena di morte, non abbia tassi di omicidio sensibilmente più alti dei confinanti stati dell'Ohio e dell'Indiana dove invece tale pena è contemplata.³¹⁰

Un più recente attacco alla pena di morte, quasi a voler demolire completamente il mito affascinante ma allo stesso tempo oscuro della sua efficacia deterrente, proviene da Bowers e Pierce, che addirittura parlano di un effetto «brutalizzante» di tale sanzione. Essi osservano che nei giorni successivi ad un'esecuzione capitale vi erano due-tre omicidi in più rispetto al mese precedente. In tre contee della California ad esempio fu rilevato un esiguo ma percettibile aumento del tasso di criminalità nei dieci giorni successivi ad una esecuzione, mentre a Philadelphia fu rilevato un tasso notevolmente più alto nei due mesi seguenti l'applicazione della pena. Si tratterebbe della dimostrazione di una tesi antica secondo cui, la pena di morte, rendendo in qualche modo la vita meno intoccabile, meno sacra, incoraggerebbe, anziché scoraggiare, gli omicidi.

³¹⁰ Lo studio di Thorsten Sellin, riportato nel suo libro *The penalty of death*, (1974), ha mostrato come i tassi di omicidio nello Stato del Michigan, stato in cui la pena di morte non è contemplata all'interno della propria giurisdizione federale, abbiano una percentuale dell'11,3% a fronte del 7,8% dell'Ohio e del 6,4% dell'Indiana, stati in cui la pena capitale è prevista. Thorsten Sellin, *The Penalty of Death*, National Office of Vital Statistics, 1974.

Sulla scia di queste ricerche, Forst, analizzando comparativamente i risultati dei vari studi sul tema, afferma che non solo l'effetto deterrente della previsione della morte come pena non è ancora stato provato, ma anzi risulta più probabile che essa indirizzandosi, come la ricerca empirica ha dimostrato, contro gli strati marginali della società, sia in grado di provocare gli atteggiamenti più violenti, fornendo ad essi un consistente alibi.³¹¹

Studi di questo tipo, sono stati fatti anche nel Canada dove un *Moratorium act* del 1967 che sospese la pena di morte per cinque anni, ha permesso di studiare l'incidenza sulla criminalità paragonando il presente con il passato. Un esame molto accurato di questi studi mostra in realtà che nessuna di queste ricerche ha dato risultati del tutto persuasivi. Basta pensare, anche in questo caso, a tutte le variabili concomitanti di cui bisogna tener conto oltre a quella del rapporto semplice tra diminuzione delle pene e aumento o diminuzione dei delitti.

In sintesi, sembra, da una parte, che nessuno degli studi sulla pena di morte sia esente da critiche dal punto di vista della metodologia utilizzata, ponendosi ogni volta, oltre alla questione del tempo e del luogo presi in considerazione, il problema dell'inclusione o meno di una serie di variabili socio-demografiche. Dall'altra parte, non vi è dubbio che la maggioranza di questi studi indica l'assenza di un effetto deterrente significativamente maggiore di quello delle altre pene incluso il carcere perpetuo. Alcuni studi, anzi suggeriscono un effetto contrario. In riferimento a quest'ultimo aspetto, è da segnalare che, in base ad una ricerca svolta in California, è emerso chiaramente che, se gli omicidi sono aumentati del 240% negli anni 1964-1980 in cui la California aveva abolito la pena di morte, le rapine sono contemporaneamente aumentate fino ad una soglia del 899% e le

³¹¹ Silvio Ciappi – Anna Coluccia, *Giustizia criminale. Retribuzione, riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli, Milano, 1997, pag. 45.

aggressioni aggravate del 200%.³¹² Dovremmo forse concludere che la pena di morte andrebbe estesa anche ad altre categorie di reati minori?

Un caso limite di falsa deterrenza della pena di morte può essere rinvenuto, altresì, in quei paesi dove, in attesa di esecuzione di una condannata comminata e nelle more spesso anche lunghe e complesse dei ricorsi e degli appelli di grazia, i condannati alla pena capitale sono confinati in appositi settori carcerari denominati «bracci della morte».³¹³ Le esperienze registrabili in proposito mettono in evidenza, tra l'altro la particolare crudeltà e gli effetti psicologici negativi di queste situazioni nelle quali l'attesa snervante e variamente prolungata dell'esecuzione si somma agli effetti dell'isolamento, provocando esplicita richiesta di morte da parte del condannato.³¹⁴

La circostanza che la ricerca empirica sulla pena di morte porti, ormai da tempo, alla medesima, generica conclusione, e che continui, al tempo stesso ad apparire troppo imperfetta per condurre a risultati più precisi e attendibili, tali da orientare le scelte future, si è tradotta in una propensione all'abbandono di questo tipo di ricerca.

In questo senso depone anche l'impressione che, a seconda che si sia orientati in partenza per l'abolizione o per il mantenimento, verrà richiesto un livello d'incidenza diverso della pena di morte sul

³¹² Fonte: *Uniform Crime Reports*, Federal Bureau of Investigation, 1964 e 1980.

³¹³ Daniela Molino – Massimo Novarino – Carlo Ottino, *Pena di morte*, Abele, Torino, 1989, pag. 60.

³¹⁴ Gli ospiti del braccio della morte, come ha rilevato Amnesty International, USA, in *La pena di morte*, 1987, appendice, negli Stati Uniti per esempio, vengono semplicemente tenuti in prigione fino all'esecuzione. Le autorità di molti stati, dimenticando che l'estrema sanzione si impone laddove i programmi rieducativi falliscono, considerano la loro riabilitazione irrilevante e i prigionieri condannati vengono tenuti relegati in luoghi più ristretti degli altri ospiti. Inoltre, la maggior parte dei condannati a morte non ha accesso al lavoro, programmi addestrativi o a classi di gruppi educativi. Molti prigionieri il cui appello pendeva e che avrebbero potuto beneficiare di migliori programmi educativi e di riabilitazione devono invece permanentemente subire un danno mentale e psicologico quale risultato del loro confinamento nel raggio della morte.

crimine, per poterne trarre la conseguenza che questa debba essere mantenuta o abolita. I mantenitori pretenderanno che non vi sia alcun rischio di aumento del crimine prima di accettare l'idea dell'abolizione, mentre gli abolizionisti, ammettendo pure che non siano tali esclusivamente per ragioni di principio, chiederanno comunque che si dimostri che la pena di morte abbia un'efficacia particolarmente significativa contro il crimine prima di accettare che sia mantenuta o reintrodotta.

È pertanto improbabile che le conclusioni di uno studio empirico possano fare cambiare idea agli uni o agli altri e costituire il fondamento oggettivo di scelte politiche e sociali.³¹⁵

Di fronte ai risultati sinora accertati, non sempre dunque probanti, di quest'analisi, ci si rifugia spesso nei sondaggi d'opinione.

Allargando dunque lo sguardo alla problematica dell'orientamento della popolazione in tema di pena di morte, possiamo affermare che i sondaggi d'opinione provano poco perché sono soggetti al mutare degli umori della gente che reagisce emotivamente di fronte a fatti di cui è spettatrice. È noto che l'atteggiamento del pubblico di fronte a questa tematica patibolare varia a seconda della situazione di minore o maggiore tranquillità sociale.³¹⁶ Oltre che dalle informazioni di cui dispongono preventivamente gli intervistati, il risultato di un sondaggio d'opinione dipende evidentemente dalle domande poste, ossia dal loro preciso contenuto o dal modo in cui vengono formulate.

Va considerato, poi, il contesto in cui viene a inserirsi il sondaggio. Successive rivelazioni, realizzate su campioni analoghi, mostrano una notevole oscillazione dei risultati, sia nel breve sia nel medio periodo. Le dimostrazioni in tal senso non mancano: emblematica è

³¹⁵ Antonio Marchesi, *Pena di morte e diritti umani. Una questione di principio*, Laterza, Roma, 2004, pag. 41.

³¹⁶ Norberto Bobbio, *Contro la pena di morte* in *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1994, pag. 199.

la vicenda del referendum per la reintroduzione della pena di morte nel District of Columbia del 1992, che ha dato esito negativo nonostante il fatto che fino a poco prima i sondaggi indicassero che la popolazione di quell'area era favorevole.³¹⁷

Tutti questi elementi, dunque, possono provocare effetti di distorsione del risultato complessivo e portare alla conclusione che l'effetto della deterrenza della pena di morte è solo una pura e semplice illusione.

Ma se tutto questo fosse dimostrato o dimostrabile sulla base di ricerche, elementi certi o studi che non ammettono prova contraria, cioè che la pena di morte abbia veramente un effetto deterrente? Che la criminalità decresce? Che la previsione della morte come pena infonde nell'animo dei potenziali criminali un sentimento di riprovazione nei confronti del crimine, quasi ad emendarlo? Che la pena capitale ha un effetto dissuasivo, per lo meno in determinate situazioni, maggiore di altre pene compresa l'ergastolo?

Se tutto questo si realizza, allora, la pena di morte dovrebbe esser mantenuta o ripristinata. Non ci si può nascondere di fronte a dati che dimostrano effettivamente il suo effetto intimidatorio e nondimeno non ci si può nascondere dietro la gravità di questa obiezione.

A questo punto, sarebbe un errore fondare la tesi dell'abolizione solo sull'argomento utilitaristico, cioè che la pena di morte non è utile perché non ha un effetto deterrente. Tutto ciò porta a concludere che chi voglia impiantare la tesi dell'abolizione su una solida base non può limitarsi a ricorrere all'argomento dell'intimidazione perché se si riuscisse a dimostrare in modo inconfutabile, e nulla lo esclude, che la pena di morte ha un potere di intimidazione maggiore di altre pene, dovrebbe riconoscerci di aver perduto la propria battaglia.

³¹⁷ Antonio Marchesi, *Pena di morte e diritti umani. Una questione di principio*, Laterza, Roma, 2004, pag. 48.

7.1.1 LA RICONCETTUALIZZAZIONE DELLA PENA NEGLI STATI UNITI: UN RITORNO ALLA VENDETTA?

Negli Stati Uniti, negli ultimi decenni, si è affermata una vera e propria riconcettualizzazione della pena: da prospettiva la pena torna a essere concepita come retrospettiva. All'idea che la funzione della pena fosse la riabilitazione del reo si è sostituita l'idea che la pena è retribuzione e alla luce di questa strada anche la teoria che la vendetta non sia inconciliabile con la giustizia e possa svolgere un ruolo all'interno dell'amministrazione. Per spiegare le ragioni della riconcettualizzazione della pena è necessario risalire alla fine degli anni sessanta, quando entrarono in crisi le teorie deterrenti e riabilitative che nel corso del tempo si erano affermate a seguito della nascita di nuove figure professionali come i lavoratori sociali, gli psicologi e i criminologi.

A mettere sotto accusa le teorie riabilitative contribuirono vari fattori, quali la percezione del fallimento dei programmi di riabilitazione, il timore che questi programmi si prestassero ad abusi amministrativi e la crescita della criminalità.³¹⁸ Il fallimento dell'ideale riabilitativo era dinanzi agli occhi di tutti e non solo negli Stati Uniti: a partire dagli stessi anni, in Italia si cominciava a

³¹⁸ I principali istituti che sono alla base del sistema riabilitativo americano sono la *diversion*, la *probation* e la *parole*. La *diversion*, tipica misura di de-giurisdizionalizzazione, può essere definita come un'alternativa al processo, tramite la quale l'imputato in cambio del ritiro delle accuse acconsente di sottostare ad alcune condizioni imposte dal pubblico ministero, come ad esempio, il sottoporsi ad un programma di trattamento o ad interventi socio-riabilitativi in caso di abuso di sostanze alcoliche e stupefacenti. La *probation* sottrae il condannato alla pena detentiva; essa si pone quindi come una misura di decarcerizzazione finalizzata ad evitare gli effetti del carcere e al contempo a reintegrare il soggetto nella comunità esterna. Generalmente questa misura, viene disposta dal giudice con la sentenza di condanna dietro parere del *probation offer*, l'apposito organo addetto al controllo delle attività dei soggetti posti in *probation*. Seppur ispirato da motivazioni e da necessità socio-riabilitative, ai fini della concessione della misura, hanno grande rilevanza alcuni fattori quali la natura del reato, i precedenti penali dell'imputato, la sua condizione familiare, l'attività lavorativa ecc. La *parole* trova applicazione nella fase di esecuzione della pena. È una figura di rilascio condizionale che interviene dopo che il soggetto abbia scontato una parte della pena detentiva inflittagli e che prevede un'attività di supervisione simile a quella della *probation*.

constatare e a denunciare la totale inefficacia a questi fini del sistema carcerario.³¹⁹ L'illusione illuministica che la pena potesse contribuire a costruire una società più giusta e a migliorare l'umanità sembrava fallita. Non meno importanti in questa direzione – come sottolinea Luigi Ferrajoli – sono state le critiche etiche alle strategie riabilitative.³²⁰ In particolare le teorie liberali hanno riaffermato l'importanza del giusto sull'utile e dei diritti individuali sulle pretese dello stato. Così negli anni settanta si era diffusa una visione neoliberale che vedeva il potere forte del governo come un pericolo per le libertà individuali e l'autonomia morale. Tra le conseguenze di tutto questo c'è stato lo spostamento dell'interesse dai diritti degli innocenti a quelli dei colpevoli, e la conseguente nascita del movimento per i diritti dei carcerati le cui critiche ai trattamenti rieducativi rinforzarono quelle dei teorici del settore. Infine, sulla base degli studi empirici di settore, venne ridiscussa l'idea che la pena avesse un effetto deterrente. Al termine di questi ripensamenti, negli anni settanta ed ottanta del Novecento, la pratica penale negli Stati Uniti era ormai ispirata al principio noto come *just desert*: la retribuzione meritata.³²¹

Nel periodo in cui ha avuto luogo la riconcettualizzazione della pena si è anche diffusa l'idea che il problema della criminalità andasse affrontato con maggiore durezza e che le pene andassero inasprite. Una delle ragioni di questa convinzione era la presenza di una

³¹⁹ Eva Cantarella, *Dalla vendetta alla pena. Un equilibrio difficile* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 112.

³²⁰ Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, pag. 262.

³²¹ Il principio del *just desert* consiste nel considerare la pena come giusto compenso, come sanzione afflittiva il cui fondamento morale e giuridico è da ravvisarsi nel concetto di merito. La pena è la giusta ricompensa da infliggere a colui che si è procurato ingiustamente un vantaggio a danno di altri. Tale assunto fa ricadere la nostra mente alla teoria retributiva di stampo kantiano in base alla quale la comminazione della pena era la giusta ricompensa per aver infranto il rispetto etico della legge.

fortissima paura della violenza.³²² In questo quadro trovava forte consenso l'idea che la giustizia criminale non dovesse preoccuparsi solo di garantire i diritti della difesa e veniva vista con crescente favore la richiesta, da parte dei parenti delle vittime, di una maggiore tutela dei loro diritti. Nacque il *Victim's Right Movement*, il gruppo di coloro che sostenevano i diritti delle vittime. Un movimento che comprendeva e comprende persone che si prefiggono obiettivi diversi, pur ponendo al centro l'esigenza di garantire alle vittime e ai loro parenti compensazione, partecipazione e sostegno psicologico e sociale. Tra gli strumenti per raggiungere gli obiettivi trovava spazio la richiesta di concedere alle vittime di testimoniare dinanzi alla giuria, durante la *sentencing phase* del processo.³²³ A giustificazione di questa richiesta stavano due tipi di considerazioni. Da un canto essa era considerata e presentata come un'istanza di giustizia: poiché la difesa ha il diritto di produrre testimoni che possono contribuire a sostenere la sua tesi è ingiusto che a coloro che sono stati legati alla vittima da vincoli di parentela o di affetto non sia concesso rendere testimonianze che mostrino alla giuria il valore individuale della persona uccisa e gli effetti negativi che la sua perdita ha prodotto su chi l'amava. Dall'altro canto si sosteneva che se nel processo fosse stata concessa maggiore voce ai parenti delle vittime, questi sarebbero riusciti più facilmente a chiudere il periodo della loro vita che era stato devastato dal crimine, riconquistando il controllo di sé e la capacità di reintegrarsi nella comunità dalla quale spesso si erano estraniati. Secondo l'espressione ormai in uso per descrivere questo effetto, i parenti sarebbero riusciti a raggiungere

³²² Nel 1973 un cittadino statunitense su quattro aveva installato un sistema di sicurezza nella sua casa e uno su cinque aveva acquistato un'arma: ogni giorno centomila studenti portavano a scuola un fucile e centosessantamila non andavano a scuola per paura di pericoli fisici.

³²³ La *sentencing phase* è la fase processuale che porta alla comminazione e determinazione della pena, a differenza della *guilty phase* che riguarda, invece, la fase di accertamento della colpevolezza.

quella chiusura con il passato e quella pacificazione interiore e mentale che veniva definita come *closure*.³²⁴

Come è facilmente comprensibile, il dibattito sul ruolo processuale dei parenti delle vittime è stato ed è tutt'ora ampio. Accanto a chi ha approvato l'accoglimento di queste richieste, vi sono stati quelli hanno assunto un atteggiamento critico: garantire il benessere delle vittime e dei loro parenti – è stato osservato – non rientra fra i compiti della giustizia criminale. A spingere i parenti delle vittime a rendere testimonianza in giudizio è spesso un desiderio più o meno inconfessato di vendetta.

Quando la questione giunse alla Corte suprema, il verdetto fu negativo: i *Victim Impact Statements* non potevano essere ammessi in quanto violavano l'ottavo emendamento (sentenza *Booth v. Maryland*, 1987). Il giudice Powell, estensore della sentenza, sostenne che i *Vis* erano inammissibili perché il loro peso emotivo e la loro capacità di influenzare la giuria erano incompatibili con il principio che la sentenza doveva essere basata sulla ragione e non sull'emozione. Egli inoltre osservava che potevano esserci vittime che non avevano alcun familiare e vittime che, invece, ne avevano molti, e che i parenti di alcune vittime erano in grado di rilasciare dichiarazioni più articolate e convincenti dei parenti delle altre. I *Vis*, dunque, potevano far sì che venissero condannati a morte più facilmente gli

³²⁴ Franklin Zimring, professore di diritto e presidente del Programma di Ricerca Giustizia Penale (Criminal Justice Research), ha definito la *closure* come «il sentimento di soddisfazione derivante dalla definitiva conclusione di un'esperienza brutta e scioccante». Inoltre afferma che «la maggior parte di costoro (cioè i parenti delle vittime), proverà un senso di sollievo al pensiero che dopo l'esecuzione cesseranno tutte le incertezze relative all'esito del giudizio, l'attenzione costante e invadente del pubblico e la continua riproposizione, da parte dei media, dei fatti relativi all'omicidio. a distanza di anni dalla fine del processo, per i familiari e gli amici della vittima l'esecuzione diventa un'occasione per giungere a una conclusione a livello psicologico ed emozionale della vicenda che li ha coinvolti, un momento in cui le tensioni e le incertezze del periodo che precede l'esecuzione vengono dissipate, e in cui un congiunto si pensa possa liberarsi del peso del dolore e della rabbia per la perdita causata dall'omicidio». Queste parole sono state tratte da Franklin Zimring, *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, Il Mulino, Bologna, 2009, pag. 93.

imputati le cui vittime avevano parenti più numerosi, più colti e retoricamente più capaci di provocare le emozioni della giuria. Due anni dopo la sentenza *Booth v. Maryland*, la sentenza *South Carolina v. Gathers* (1989), confermò che le testimonianze delle vittime creavano il rischio, costituzionalmente accettabile, che la giuria infliggesse la pena capitale in modo arbitrario ed irrazionale. Ma dopo altri due anni la Corte mutò opinione (sentenza *Payne v. Tennessee*, 1991). Il giudice Rehnquist, estensore della sentenza, dichiarò che se a una giuria si chiedeva di ascoltare testimonianze volte a farle conoscere il carattere individuale, unico e speciale dell'accusato, per ragioni di giustizia si doveva concedere all'accusa di presentare testimonianze volte a far conoscere le caratteristiche personali della vittima e l'effetto del crimine sulla famiglia. Secondo la Corte, la misura del danno provocato dal crimine era rilevante al fine di stabilire la giusta entità della pena. I *Vis*, dunque, non erano di per sé incostituzionali.

Che il riconoscimento della costituzionalità di queste testimonianze sia una innovazione di non poco conto è del tutto evidente. Ma alla maggioranza dei cittadini oggi piace considerare la pena di morte non come una manifestazione del potere statale, ma come un servizio reso dallo stato alle vittime e alla comunità.³²⁵ All'interno di una simile concezione della pena diventa logico che ci si preoccupi, attraverso il processo, di dare soddisfazione al desiderio della giustizia e al bisogno di conforto psicologico di singoli individui. Distinguere questo bisogno dal desiderio di vendetta non è tuttavia cosa facile. I parenti delle vittime sono spesso mossi dal desiderio di vendetta, la cui diffusione nella cultura statunitense è del resto evidente, anche al di là della testimonianza processuale dei parenti delle vittime. Ma dobbiamo domandarci: come altro può essere

³²⁵ Franklin Zimring, *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 45-49.

intesa la concessione di assistere all'esecuzione della condanna capitale? Non è forse una forma di pubblicità antica delle esecuzioni travestita di moderno? Anche in questo caso, la giustificazione sta nel fatto che assistere all'esecuzione dà soddisfazione e purificazione alle vittime e ai loro familiari. Ma dare soddisfazione e purificazione alle vittime e ai loro parenti è esattamente la funzione della vendetta. Ai parenti delle vittime, con questa concessione, viene attribuito un ruolo che viene dichiarato dalla Corte Suprema come determinante della sentenza. Pur non avendo diritto di voto, i parenti delle vittime contribuiscono, o quanto meno possono contribuire a determinare i voti della giuria. E li determinano inducendo a emettere una condanna basata su un concetto inaccettabile di retribuzione, che determina la giusta misura della pena non solo sulla base del crimine commesso dall'imputato e della sua colpevolezza, ma anche delle conseguenze della sua azione sulle vittime e del bisogno di queste di raggiungere una situazione di *closure*, grazie alla sentenza.

La pena di morte è al servizio della famiglia della vittima e della riconquista del benessere.

In considerazione di quanto sin qui discusso, non sorprende che la vendetta sia oggetto di riflessione da parte non solo di giuristi, ma anche dei filosofi, dei sociologi del diritto, degli antropologi, degli psicologi e degli economisti. Sino a molti anni fa, la vendetta era concordatamente considerata in modo negativo, sia socialmente sia eticamente. Come scrive William Ian Miller «la vendetta è un motivo dell'azione individuale che non può essere pubblicamente ammesso: chiesa, stato e ragione la condannano concordatamente; ufficialmente la vendetta è un peccato per il teologo, è illegale per il principe ed è irrazionale per l'economista».³²⁶

³²⁶ William Ian Miller, *Clint Eastwood and Equity: Popular culture's theory of revenge*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1993, pp. 161-202.

Ma oggi le cose sono diverse. La vendetta è una motivazione dell'azione che non solo non ci si vergogna di dichiarare, ma della quale si arriva a proporre una giustificazione teorica. In tal senso è importante ma allo stesso tempo responsabile, il contributo offerto in un lungo saggio di Steven Eisenstat dal titolo rivelatore: *Revenge, Justice and Law: Reconognizing the Victim's Desire for Vengeance as a Justificatio for Punishment*.³²⁷ In questo saggio vengono sviluppate le seguenti considerazioni: 1) – la vendetta non è immorale, di per sé; bisogna distinguere la morale della vedetta e la giustizia della vedetta: la morale riguarda la motivazione del vendicatore, la giustizia riguarda la correttezza della pena; 2) – non è immorale che una vittima desideri vendicarsi e infliggere sofferenze a chi gliene ha inflitte; 3) – una pena che infligge sofferenze è giusta, se è inflitta al colpevole e se è proporzionale al livello di sofferenze inflitto alla vittima. A questi enunciati segue un'analisi delle ragioni storiche che hanno portato a vietare la vendetta. Eisenstat ammette che, dato lo stato emozionale in cui opera il vendicatore, la vendetta può avere conseguenze negative: può colpire un innocente, può essere sproporzionata al torto subito e comunque genera un ciclo successivo di violenze. Se essa è stata vietata, dunque, è per queste ragioni: non perché sia immorale in sé. Tuttavia alimentata da ragioni religiose e dal desiderio dello stato di espandere e centralizzare il suo potere, si è affermata una valutazione negativa della vendetta, che ha giustificato l'esclusione delle vittime e dei loro parenti dal processo criminale e dalla determinazione della pena.

In conclusione le vittime avrebbero il diritto di essere coinvolte attivamente nelle decisioni sulla pena anche se sono motivate da desideri di vendetta. Il loro coinvolgimento tra l'altro, oltre ad aiutarle a curare le ferite psicologiche, potrebbe portare alla

³²⁷ Steven Eisenstat, *Revenge, Justice and Law: Reconognizing the Victim's Desire for Vengeance as a Justificatio for Punishment*, The Wayne Law Revue, 2004, pp. 1115-1170.

riabilitazione del colpevole, in sintonia con le tesi delle teorie utilitaristiche della pena.

Sul piano teorico, dunque, il coinvolgimento delle vittime potrebbe essere giustificato sia in base alle teorie utilitaristiche della pena, sia in base a una teoria retributiva allargata, che riconosca che assicurare la punizione dei criminali è interesse anche delle vittime, non solo della società.

La vendetta torna a trovare spazio nel sistema processuale e c'è da augurarsi – come sostiene Eva Cantarella – «che non abbia la forza di attraversare l'oceano».³²⁸

³²⁸ Eva Cantarella, *Dalla vendetta alla pena. Un equilibrio difficile* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pag. 118.

8. PROBLEMI DI COMPATIBILITÀ DELLA PENA DI MORTE CON IL CATALOGO PUNITIVO DI UN SISTEMA PENALE

Normalmente la legislazione sulla pena di morte è legata a scelte di tipo ordinamentale, nel senso che appare fortemente influenzata dal carattere democratico o autoritario del regime statale o, ancora, dallo stato dell'ordine pubblico. Il livello di democraticità, che finisce per coincidere con la centralità del rispetto dei diritti fondamentali della persona umana dovrebbe apparire, quindi, inversamente proporzionale alle scelte in materia capitale.³²⁹ Ciononostante molti stati che si autoproclamano portatori di principi democratici e costituzionali, come gli Stati Uniti d'America, mantengono nell'assetto ordinario della legislazione la massima delle pene, costituendo un'eccezione al carattere democratico dell'impianto politico statale; e non è un caso che negli Stati Uniti si sia sviluppato in tal senso un acceso dibattito sociale, teorico e politico che fa della Nazione americana – usando le parole di un celebre libro di David Garland – «un'anomalia nell'era dell'abolizionismo».³³⁰

Negli Stati Uniti, il tema della pena di morte non è l'unico aspetto che contribuisce a far crescere l'idea che la nazione americana è dotata di tanti e tali profili di singolarità per cui non è improprio parlare in termini di «eccezionalismo americano». In tutti i campi culturali, della ricerca tecnologica, della composizione razziale della sua popolazione e, infine, delle leggi, gli Stati Uniti mostrano sempre un volto dotato di particolare originalità, tanto che la sua esperienza non è per nulla comparabile alle esperienze di altri paesi democratici

³²⁹ Pasquale Troncone, *Il diritto dello Stato di punire con la morte. un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione penale*, ARACNE, Roma, 2012, pag. 53.

³³⁰ David Garland, *La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, Il Saggiatore, Milano, 2013.

ed industrializzati: come ha affermato Massimo Teodori «l'eccezione americana consiste anche nei modi e nei tempi con cui la nuova civiltà si è andata sviluppando nel corso di pochi secoli».³³¹ Una matrice culturale costituita a tal punto in maniera eterogenea da proiettare i suoi effetti non solo nei diversi ambiti della cultura del paese, ma in particolare sulle scelte che il legislatore è chiamato ad operare nei vari campi del diritto.

A far tornare prepotentemente sulla breccia la questione della necessità della pena di morte nel terzo millennio è stato il tema legislativo legato alle politiche della sicurezza, in realtà una versione di ordine pubblico come moderna forma di controllo sociale. Il problema della sicurezza rappresenta una costante del contesto sociale e politico americano e ha fatto crescere il senso di autodifesa e di autogiustizia. Ciò che contribuì ad aumentare il timore nel popolo americano per la propria incolumità, e a dare una spinta al movimento a favore della pena capitale, fu, negli anni '70, la percezione non infondata, che gli omicidi erano in aumento, almeno in confronto alla relativa pace dei decenni postbellici. Questa diffusa paura dell'omicidio nei primi anni '70, era connessa a due aspetti culturali: la politicizzazione dell'omicidio associata agli assassini e ai gravi disordini della fine degli anni '60 e le sensibilità che emergevano nel nuovo tipo di residenza autonoma monofamiliare che stava diventando un ideale residenziale in Stati come la California, la Florida e l'Arizona.³³² In primo luogo l'omicidio divenne un problema politico di primo piano: l'assassinio del presidente Kennedy, di Martin Luther King e del senatore Robert Kennedy erano, per i cittadini americani, potenti lezioni sulla

³³¹ Massimo Teodori, *Raccontare l'America. Due secoli di orgogli e pregiudizi*, cit., pag. 9, Mondadori, Milano, 2005.

³³² Jonathan Simon, *Il cammino verso l'abolizione: il dibattito sull'abolizione negli Stati Uniti* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano 2010, pag. 205.

vulnerabilità di tutti di fronte ai crimini violenti, specialmente negli spazi pubblici delle grandi città. Se un presidente, un senatore e un celebre religioso non potevano essere protetti mentre si muovevano in spazi pubblici urbani, chi poteva considerarsi al sicuro in quegli spazi? Se uomini di questo livello potevano essere uccisi, apparentemente da individui isolati, quale protezione potevano aspettarsi i cittadini da una polizia sovraccarica di lavoro? In secondo luogo, la rapida periferizzazione del contesto urbano e con essa la diffusione di un'intera logica economica e sociale costruita intorno alle case monofamiliari, aprì uno sazio fra le periferie e i quartieri urbani e la loro presunta violenza. Questo nuovo modello abitativo, che si era affermato nel dopoguerra e si era sviluppato in maniera esponenziale alla fine degli anni '60, alimentò l'immaginario pubblico dell'omicidio con varie modalità intrecciate. Il rischio di essere uccisi (o di vedere ucciso uno dei propri cari) da uno sconosciuto che invade la propria casa o si apposta nei paraggi per aggredirci durante il nostro passaggio inevitabile fra casa e fuori casa, si caratterizza per essere particolarmente difficile da prevenire grazie alla sicurezza pubblica. La risposta a questi interrogativi trovava, e trova tutt'oggi, la propria ragion d'essere nella previsione della morte come pena, quale effetto dissuasivo dal compiere crimini. Del resto l'attuale concetto di sicurezza ha trovato un fondamento costituzionale anche in Italia che neppure il concetto di ordine pubblico ottocentesco era riuscito ad affermare.³³³

³³³ Corte Cost. Sent. 25 luglio 2001 n. 290, in Foro It., 2001, I, 3435: «le funzioni e i compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso di beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni. È opportuno chiarire che tale definizione aggiunge alla tradizionale nozione di ordine pubblico e sicurezza pubblica tramandata dalla giurisprudenza di questa Corte, nella quale la riserva dello Stato riguarda le funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, le sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento».

Proseguendo la nostra trattazione riguardante il problema di compatibilità della pena di morte con il catalogo punitivo di un sistema penale, dobbiamo affermare che, nei paesi in cui la pena di morte è considerata uno strumento ordinario del sistema punitivo e per la salvaguardia dell'ordine sociale, non è sempre facile intravedere quali siano le autentiche giustificazioni 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 suo concreto ricorso.³³⁴

Nel campionario spicca talvolta la sovraestimazione di ragioni religiose che impongono la «la legge del taglione» secondo uno schema rozzamente compensativo-mercantile della pena.

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.³³⁵

Altre volte ancora, abbiamo l'eterogenea applicazione della pena capitale rispetto a interessi giuridici tutelati di natura diversa, come le ipotesi di reato di infedeltà allo Stato o di immoralità sociale, che non mostrano alcuna fondata proporzione tra il bene della vita che si

³³⁴ Giorgio Marinucci, *La pena di morte*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pag. 18, 2009.

³³⁵ Laogai Research Foundation, *Cina, traffici di morte. il commercio degli organi dei condannati a morte*, a cura di Catania Maria Vittoria, Brandi Toni, Guerini, 2008. Il sistema penale cinese aveva, tra l'altro, registrato tra il 1979 e i primi anni '80 un aumento esponenziale dei casi di illecito penale puniti con la pena di morte, non solo per i reati di sangue ma soprattutto per i reati di tipo sociale ossia in danno del sistema economico e sociale di quel paese. Tra questi il caso più significativo è il delitto di corruzione del pubblico funzionario, tra le cui numerosi ipotesi ve ne sono alcune punite con la pena di morte. In fondo una conferma della scelta politico ideologica di una forma di punizione esemplare per disincentivar le condotte dannose ai danni della stabilità del sistema di governo.

sopprime rispetto a interessi di natura economica o burocratica-amministrativa.³³⁶

A ben vedere, in un'ottica storica contemporanea due appaiono le ragioni, o gli scopi, per cui lo Stato, e si badi, sia democratico che totalitario, inserisce nel catalogo sanzionatorio la pena di morte. E si tratta di due ragioni che, pur possedendo radici antichissime, rispondono in maniera certamente coerente alle attuali esigenze di un sistema di governo e di politica criminale qualificata dal fine. Premesso che la pena di morte attinge a motivazioni diverse dalle tradizionali funzioni della sanzione penale, il ricorso alla sua efficacia è motivato dalla necessità di punire condotte di infedeltà ai valori fondanti dell'ordinamento di uno Stato – e questa è la prima ragione – e condotte di ostilità che pongono in pericolosa instabilità il sistema di governo – e questa è la seconda ragione. Situazioni di ostilità e di destabilizzazione degli assetti che possano proporsi dall'esterno o dall'interno dello stesso Stato.³³⁷

³³⁶ Un esempio in tal senso è offerto dal codice penale cinese che prevede settantaquattro reati punibili con la pena di morte. Tra questi possiamo annoverare quelli che mettono in pericolo la sicurezza nazionale come l'alto tradimento, attentato all'unità nazionale, insurrezione armata, tradimento, spionaggio, divulgazione illecita di informazioni e segreti di stato; reati che mettono in pericolo la sicurezza pubblica come l'incendio doloso, rottura di dighe e argini, esplosione, piazzamento di materiali pericolosi, danneggiamento di veicoli per il trasporto pubblico, danneggiamenti di infrastrutture per il traffico, danneggiamento di centrali elettriche, dirottamento, fabbricazione, commercio, trasporto e detenzione illegale di armi, munizioni, esplosivi e altri materiali pericolosi; reati contro l'amministrazione dell'ordine pubblico come insegnamento di metodi criminali, rivolta carceraria ed evasione, assalto armato a una prigione; reati di corruzione e peculato e, inoltre, reati militari. Alla luce di questa numerosa schiera di reati capitali – per alcuni dei quali la pena di morte rappresenta una sanzione sproporzionata – la Cina sopprime la vita di oltre cinquemila condannati all'anno, pari a circa il 90% delle esecuzioni di cui si ha notizia su scala globale. Si tratta comunque di dati che non forniscono statistiche ufficiali in quanto la questione della pena di morte è considerata un segreto di Stato. Lu Jianping, *La riforma della pena di morte in Cina* in Pietro Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010, pp. 225-226.

³³⁷ Pasquale Troncone, *Il diritto dello Stato di punire con la morte. Un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione penale*, ARACNE, Roma, 2010, pag. 57.

La consapevolezza che induce un ordinamento legislativo ad accogliere nei suoi rimedi punitivi la pena di morte ruota intorno ad una scelta di fondo che si presenta essenzialmente politica, dove il diritto e la coerenza di un sistema teleologicamente ordinato e orientato si trova soltanto ad inserire un rimedio che fonda la sua giustificazione concettuale su di un assetto argomentativo diverso, eterogeneo rispetto alle premesse. Questa è probabilmente la ragione che tiene in vita la sanzione della morte in ordinamenti che presentano valori di riferimento in apparente conflitto con il diritto dello Stato di/ad uccidere una vita. Appare, infatti, culturalmente e ideologicamente inconcepibile la posizione di centralità sistematica del valore «vita», superiore a qualsiasi altro valore fondante l'ordinamento sociale e giuridico, e la possibilità di ricorrere – anche se come in ipotesi di *extrema ratio* – all'esercizio del diritto di uno stato di sopprimere una vita seppure a titolo di sanzione.

Quindi possiamo dedurre che questa situazione di convivenza di due diritti inconciliabili tra loro – diritto alla vita da una parte e diritto di/ad uccidere dall'altra – riposa su di un'evidente contraddizione, ma nella sostanza la scelta estrema è la naturale conseguenza di un susseguirsi di eventi che riconducono ad un'opzione che vede a monte una strategia di opportunità politica.

Le scelte politiche per fronteggiare la criminalità sono tutte connotate da ragioni di tipo efficientista: sedare il bisogno sociale di penalità come strumento per combattere le forme di criminalità aggressive germinate nel tessuto cittadino; garantire la tranquillità e il sereno svolgimento della vita sociale e personale. Per queste ragioni, tutte le opzioni, sia retributive che preventive, a questo punto, sono in qualche modo comprensibili. Ma la scelta ultima, quella che guida il legislatore di uno stato verso la sanzione estrema sfugge dalla coerenza del catalogo punitivo, poiché l'utilitarismo sanzionatorio non si concilia in alcun modo con il funzionalismo che è alla base

della scelta di adottare la pena di morte. Nell'ambito di un sistema sociale ben organizzato e maturato nella struttura delle sue relazioni personali e nel rispetto dei diritti fondamentali dei singoli è dato registrare il fallimento della formula attribuita a Seneca: «nessuno saggio punisce perché s'è peccato, ma perché non si pecchi». Questa massima, considerata alla base della concezione utilitaristica, designerebbe il fallimento della pena di morte, come in effetti registrano le statistiche di settore, perché la morte non è quel formidabile deterrente che molti vorrebbero fosse messo in campo per finalità dissuasive.³³⁸

Appare, quindi, molto probabile che in una moderna prospettiva giuridica le ragioni che giustificano la previsione della morte come pena negli ordinamenti in cui viene applicata (Usa, Cina, Giappone, Iran, Iraq e altri paesi del mondo orientale), si pongono esattamente in posizione intermedia tra il fondamento punitivo e lo scopo, ma sempre e comunque come una necessità esterna al sistema penale di ricorrere al massimo grado possibile di opzione punitiva.

Se è come stato dimostrato e cioè che la pena capitale non ha effetto dissuasivo, il vero aspetto controverso della pena di morte è costituito dal fatto che si recuperano istanze tradizionali che si ritenevano oramai lasciate al tempo passato, considerato l'attuale assetto culturale ed ideologico dei sistemi sociali evoluti come molti ordinamenti giuridici contemporanei. Un ritorno al passato quindi, reso possibile dai modelli culturali neo-conservatori che hanno aperto la strada a concezioni in base alle quali la salvezza della tenuta del sistema statale, ossia la tutela dei diritti della collettività, può essere garantita soltanto riconoscendovi la prevalenza sui diritti del singolo. E la risposta punitiva deve essere di tipo retributivo. Ma questo ultimo aspetto non è forse ciò che affermava in termini

³³⁸ Pasquale Troncone, *Il diritto dello Stato di punire con la morte. Un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione penale*, ARACNE, Roma, 2010, pag. 61.

perentori san Tommaso nel Medioevo: «il bene comune è migliore del bene particolare di una sola persona. Si deve quindi sottrarre un bene particolare per conservare il bene comune».³³⁹

Il tempo sembra essersi fermato.

Resta il fatto che da un punto di vista politico-criminale la pena di morte non esercita alcuna forza dissuasiva. Il suo fallimento si registra, infatti sul doppio versante operativo, in chiave preventiva e in quella repressiva. Fino a quando resterà in vigore la pena capitale e gli Stati vi faranno massiccio ricorso ritenendola utile alla lotta contro la criminalità vorrà dire – come ha sostenuto Giovanni Lombardi – che «nessuna efficacia avrà concretamente espresso per dissuadere la persona dal commettere quel reato punito con la pena massima».³⁴⁰ E se gli indici di criminalità segneranno un incremento e non un arretramento dei reati che la prevedono, vorrà dire che al legislatore si impone un cambio di rotta di tipo punitivo. È dunque vero, allora, quanto ha affermato François Guizot nella sul libro *Giustizia e politica*: «la necessità delle pene dipende dalla loro efficacia. Se una pena non raggiunge il fine che ci si propone nell'infliggerla, con sicurezza si può dire che non è necessaria».³⁴¹

Così, il fallimento della prevenzione generale conduce soltanto all'approdo della retribuzione ma non più orientata secondo la legge veterotestamentaria del taglione – rendere il male per il male – ma orientata a sedare la sete di vendetta della vittima o dei parenti della stessa e, seppure indirettamente, il proposito di vendetta coltivato nell'ambito culturale di un ordinamento giuridico democratico e moderno.

³³⁹ Tommaso d'Acquino, *Summa Theologiae*, cit., pag. 146. San Tommaso, inoltre, arriva a sostenere che se un uomo con i suoi peccati è pericoloso e disgregativo per la collettività, è cosa lodevole e salutare sopprimerlo per la conservazione del bene comune

³⁴⁰ Giovanni Lombardi, *La pena di morte e il suo fondamento*, Alfredo Guida Editore, Napoli, 1932, pag. 9.

³⁴¹ François Guizot, *Giustizia e politica*, Chiantore, Torino, 1945, pag. 33.

Non dobbiamo comunque trascurare, come è stato osservato nel capitolo delle teorie generali della pena, come l'idea di retribuzione abbia raggiunto nel corso del tempo importanti risultati che, dal punto di vista dei suoi aspetti morali e umanitari, rappresentano pur sempre autentiche conquiste di civiltà. Al di là delle critiche che possono essere mosse alla teoria retributiva,³⁴² le conquiste di civiltà consistono, come osservato precedentemente, nel principio della proporzionalità della pena, della determinatezza della pena e nella sua inderogabilità. Ora, se a fronte di questi ultimi due aspetti – determinatezza della pena, inderogabilità della pena – nessuno può contestarli, seri dubbi possono nutrirsi in merito al principio della proporzionalità. Se la proporzionalità rappresenta un principio fondamentale su cui poggia ogni ordinamento giuridico penale generalmente inteso, lo stesso non può dirsi rispetto a quelli che annoverano fra le proprie sanzioni giuridiche la pena di morte. A tal proposito è opportuno domandarci: la pena capitale, può essere considerata una sanzione proporzionata al delitto commesso come un omicidio? Pur condannando categoricamente l'uccisione di ogni essere umano, la comminazione della morte è proporzionale alla perdita della vita da parte della vittima? È giusto rispondere della vita altrui con la propria vita? Un ordinamento giuridico come quello Americano che vede la costituzionalizzazione di principi supremi naturali, quali la vita, la proprietà, la felicità (quest'ultima costituzionalizzata nella Dichiarazione di Indipendenza del 4 luglio del 1776), come giustifica la presenza della pena di morte?

Il dibattito dunque non può che spostarsi, ancora una volta, dal campo del diritto a quello politico dei diritti fondamentali, in cui il

³⁴² La teoria della retribuzione penale, nella sua accezione sia giuridica che morale, ha ricevuto molte efficaci e persuasive critiche: queste si basano soprattutto sull'individuazione, alla radice di essa, dell'idea della vendetta, nonché sul carattere chiuso, esclusivamente rivolto al passato senza aperture verso un valore positivo futuro.

diritto alla vita della persona umana dovrebbe prevalere sul potere dell'ordinamento statale.

La consapevolezza di trovare una giustificazione della pena di morte negli ordinamenti sia democratici che totalitari deve indurre ad affermare che la previsione della pena di morte non può essere legittimamente e moralmente accettata ogni qualvolta sia in gioco il diritto all'esistenza che ogni uomo deve vedersi non solo riconosciuto, ma anche garantito e tutelato. Evidentemente in un momento storico-culturale come quello attuale dove la logica del potere viene prima di ogni altro principio umanitario, la pena di morte viene giustificata da scelte politiche-strategiche funzionali al sistema dove non trovano posto le connotazioni virtuose di uno Stato sociale di diritto.

Il dibattito sulla pena di morte, dunque, è destinato a continuare con la consapevolezza che la sua risoluzione sia ben lungi dall'essere vicina e scontata. Una cosa è certa però: che la violenza chiama violenza, non solo di fatto ma anche, ed ancor più grave, con tutto il seguito delle giustificazioni etiche, giuridiche e sociologiche che la precedono e che gli Stati possono continuare ad uccidere.

9. CONCLUSIONI

Siamo giunti alla conclusione di questo lavoro di tesi. Molte sono state le tematiche affrontate con la consapevolezza di «aver avuto a che fare» con un argomento tanto attuale quanto impegnativo. È attuale non solo perché la pena capitale è ancora legittimamente comminata in molti paesi, ma anche perché essa, lungi dall'essere un residuo del passato, è una possibilità sempre aperta, una tentazione immanente anche nelle nostre società. È una realtà di lunga, lunghissima durata, interminabile, sempre riemergente, forse incancellabile. È impegnativo perché il tema patibolare mette in gioco saperi disciplinari differenti che non possono limitarsi a discutere degli effetti senza risalire allo scopo o alle funzionalità della sua potenziale comminazione o previsione.

Il tema della pena di morte, ha rappresentato e rappresenta tuttora, uno di quei temi intorno al quale si concentrano questioni di diversa natura: politiche, religiose, filosofico-giuridiche, etico-morali, antropologiche e sociologiche.

Il “diritto di uccidere” da parte di uno Stato, democratico o totalitario, non può far a meno di richiamare il suo esatto contrapposto: il diritto all'esistenza, un diritto inalienabile che nessuna Carta normativa o politica di sicurezza sociale può mettere in discussione. Ed è proprio la legittimità del potere sovrano di dare la morte ad apparire sottoposta agli attacchi crescenti da parte di Stati di risalente o recente fede abolizionista e da parte di movimenti e gruppi di opinione (da Amnesty International a Nessuno tocchi Caino) che hanno dato e continuano a dare un contributo di grande rilievo alla messa in mora dell'estremo supplizio.

Guardando all'intera storia dell'umanità, da una parte assistiamo ad un impressionante trionfo planetario dei diritti umani che devono essere considerati le mete che ogni ordinamento giuridico penale dovrebbe garantire e tutelare senza distinzioni etniche, razziali,

sessuali, sociali ed economiche; dall'altro, però, ci rendiamo conto che, nonostante un siffatto clima la pena di morte resiste alle energiche bordate abolizioniste che guadagnano terreno, è vero, si aggiudicano le sorti di alcune battaglie, ma non hanno ancora vinto la guerra. La pena di morte resiste: arretra, ma resiste.

Sembra che di fronte alla logica dell'affermazione del potere politico e della supremazia strategica, lo scopo della tutela del diritto alla vita debba necessariamente soccombere trasformando tale diritto da indisponibile a disponibile.

Il consuntivo finale è rinviato al giorno in cui l'umanità intera avrà voltato pagina su questo punto e si volgerà al passato per cercare di comprenderlo. È piuttosto un tentativo di analizzare la complessità dei legami che un'intera cultura ha instaurato coi condannati in carne ed ossa rendendoli figure centrali del suo universo simbolico. Bisogna tener conto per questo della condizione liminale in cui è costituita la persona su cui si abbatte una sentenza di morte per via di giustizia.

La morte di un condannato ha tratti specifici del tutto diversi per ciò che riguarda il suo rapporto con altri: della sua morte non si potrà incolpare una causa generica. La natura od il caso non c'entrano: sono i suoi simili, siamo noi stessi che attraverso i dispositivi giuridici di una legge e di un potere che ci rappresenta o anche semplicemente per via della nostra appartenenza a una storia, una cultura, una tradizione più o meno ereditate e condivise, portiamo la responsabilità della sua morte. È lo stesso Stato che l'uomo ha creato per difendersi a comminare la punizione suprema infrangendo quel vincolo di fiducia che dovrebbe essere presente in ogni contesto sociale, civile ed istituzionale. Non per nulla l'esecutore dell'omicidio legale, per quanto giuridicamente autorizzato ad uccidere, viene ad essere rappresentato da Charles Duff nel suo libro *Il Manuale del boia*, come il cane, l'amico fedele della società.

Chi dà allo Stato il diritto di/ad uccidere? Che valore ha la vita? Se la vita è un diritto indisponibile, perché altri ne possono disporre? Come è possibile che uno Stato, che rappresenta ogni singolo consociato possa dare la morte proprio a quei soggetti che hanno riposto in lui la fiducia, la salvezza e protezione, rinunciando alla loro libertà? Le istituzioni penitenziarie che ruolo svolgono? Non dovrebbero favorire il reinserimento sociale del reo?

E ancora, se la vita considerata come diritto naturale appartenente all'uomo in quanto tale, vuol dire che anche la morte gli appartiene? Può la morte essere considerata, come diritto naturale che appartiene all'uomo e avere il diritto di morire, come ha diritto di vivere? Tutto questo spiegherebbe, allora, la morte come pena?

Se lo scopo e la funzione della pena giuridicamente e generalmente intesa consistono nella riabilitazione del condannato e nella prevenzione dei reati ma, ciononostante sono molti i casi di recidiva e di commissione dei delitti, allora dovremmo concludere che nessuna pena – che si tratti di una breve reclusione, di ergastolo o di pena di morte – dovrebbe essere considerata in senso giuridico.

Dovremmo forse mettere in discussione l'intero sistema giuridico penale?

Resta aperta, dunque, la domanda di dare un senso alla natura giuridica della lunghissima permanenza della morte come pena.

BIBLIOGRAFIA

Abbagnano Nicola – Fornero Giovanni, *Fare Filosofia*, Paravia, Milano, 2000.

Ancel Marc, *Capital punishment*, United Nations, Department of economic and social affairs, New York, 1962.

Ancel Marc, *La defense sociale nouvelle*, Parigi, 1954.

Antilosei Francesco, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1955.

Beccaria Cesare, *Dei delitti e delle pene (1764)*, Einaudi, Torino, 1994.

Bettiol Giuseppe, *Sulla pena di morte*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967.

Bettiol Giuseppe, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, ora in *Scritti giuridici*, Tomo II, CEDAM, Padova, 1966.

Bobbio Norberto, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997.

Bobbio Norberto, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976.

Camus Albert, *Riflessioni sulla pena di morte*, SE, Milano, 2006.

Cantarella Eva, *Donne di casa e donne sole i Grecia: sedotte e seduttrici*, in *La donna nel mondo antico*, Einaudi, Torino, 1989.

Cantarella Eva, *I supplizi capitali. Origine e funzioni della pena di morte in Grecia e a Roma*, Feltrinelli, Milano, 2012.

Cantarella Eva, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassino?* BUR, Milano, 2007.

Cantarella Eva, *Norma e sanzione in omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Feltrinelli, Milano, 1980.

Cantarella Eva, *Studi sull'omicidio*, Giuffrè, Milano, 1970.

Carnet Louis, *Dell'esecuzione capitale: a proposito di un'opera recente. Antropologia della Grecia antica*, Mondadori, Milano, 1983.

Carrara Francesco, *Contro la pena di morte*, con introduzione di Elio Palombi, IPSOA, Milano, 2001.

Carrara Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale, IV ed., Parte generale*, Lucca, 1871.

Cattaneo Mario, *Filosofia politica e «filosofia della pena»*, in «Tradizione e novità della Filosofia della Politica», Atti del I° Simposio di Filosofia della Politica, Bari, 1970.

Cattaneo Mario, *Il problema filosofico della pena*, in *Collana di Filosofia del diritto*, Editrice Universitaria, Ferrara, 1978.

Chiti – Batelli Andrea, *Perplexità sulla pena di morte: è davvero inutile?* Giuffrè, Milano, 2003.

Ciappi Silvio – Coluccia Anna, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli, Milano, 1997.

Costa Pietro, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano, 2010.

Del Vecchio Giorgio, *Sul fondamento della giustizia penale*, Appendice a *La giustizia, III^a ed.*, Laterza, Roma, 1946.

Duff Charles, *Il manuale del boia*, Adelphi, Milano, 1993.

Eisenstat Steven, *Revenge, Justice and Law: Recognizing the Victim's Desire for Vengeance as a Justification for Punishment*, The Wayne Law Revue, 2004.

Eusebi Luciano, *Teoria della pena e Teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 2006.

Ferrajoli Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1989.

Foucault Manuel, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1993.

Garland David, *La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, il Saggiatore, Milano, 2013.

Gatti Roberto – Chiodi Giulio Maria, *La filosofia politica di Locke*, Franco Angeli, Milano, 2005.

Glaser Stefan, *L'idea di giustizia nel diritto penale*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» IV, 1929.

Guizot François, *Giustizia e politica*, Chiantore, Torino, 1945.

Hegel George Wilhem Friedric, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Bari, 1979.

Hobbes Thomas, *Il Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1993.

Kant Immanuel, *La metafisica dei costumi*, Laterza, Roma, 1991.

Kiefer Otto, *La vita sessuale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano, 1988.

Laogai Research Foundation, *Cina, traffici di morte. Il commercio degli organi dei condannati a morte*, a cura di Catania Maria Vittoria, Brandi Toni, Guerini, 2008.

- Locke John, *Il secondo trattato sul governo*. BUR, Milano, 2004.
- Mantovani Ferrando, *Diritto penale*, CEDM, Padova, 2007.
- Marchesi Antonio, *Pena di morte e diritti umani. Una questione di principio*, Laterza, Roma, 2004.
- Marconi Pio, *La libertà selvaggia. Stato e punizione nel pensiero anarchico*, Marsilio, Venezia, 1979.
- Marinucci Giorgio, *La pena di morte*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009.
- Marinucci Giorgio, *Pena, riparazione e conciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Insubria University Press, 2007.
- Mathieu Vittorio, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Liberilibri, Macerata, 2008.
- Matthiae Paolo, *La Storia*. UTET, Novara, 2007.
- Molinari Luigi, *Il tramonto del diritto penale*, Kessinger Publishing, Whitefish (Montana, USA), 2010.
- Molino Daniela – Novarino Massimo – Ottino Carlo, *Pena di morte*, Abele, Torino, 1989.
- National Research Council of the National Academies Deterrence Report, *Deterrence and death penalty. A report, released on April 18, 2012*. Death penalty information center.
- Pessina Enrico, *Manuale del diritto penale italiano, Parte I*, Napoli, 1893.
- Prosperi Adriano, *Diritto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana. XIV-XVIII*, Einaudi, Torino, 2013.

Roeder Karl, *Sul fondamento e sullo scopo della pena in riguardo alla teoria dell'emenda*, in «Rivista penale», 1875.

Teodori Massimo, *Raccontare l'America. Due secoli di orgogli e pregiudizi*, Mondadori, Milano, 2005.

Todescan Franco, *Metodo, Diritto, Politica. Lezioni di storia del pensiero giuridico*, Monduzzi, Bologna, 2002.

Troncone Pasquale, *Il diritto dello Stato di punire con la morte. Un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione penale*, Aracne, Roma, 2012.

Von Listz Franz, *La teoria dello scopo del nel diritto penale*, Giuffrè. Milano, 1962.

Yan Thomas, *Per una preistoria del castigo*, in *Collezione Ecole François*, Roma, 1984.