



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA A CICLO UNICO**

*Tesi di laurea in Sociologia Giuridica
e della Devianza*

**“IL DIBATTITO SULLA PENA DI MORTE:
UN’ANALISI SOCIO-GIURIDICA”**

Relatrice:
Prof.ssa Laura Scudieri

Candidato:
Christian Rametta

Anno accademico 2022-2023

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LA PENA DI MORTE IN EUROPA E IN ITALIA:

UN EXCURSUS STORICO-GIURIDICO

- | | |
|--|----|
| 1. L'antichità | 6 |
| 2. Le culture romana e greca | 7 |
| 3. Il medioevo | 17 |
| 4. Dall'“eccezione Toscana” al Codice Zanardelli | 21 |
| 5. Dal Codice Rocco alla legge costituzionale 1/2007 | 29 |

CAPITOLO SECONDO

PENA CAPITALE E SOCIETA'

- | | |
|---|----|
| 1. La concezione retributiva e preventiva | 35 |
| 2. Il paradigma classico e neoclassico | 37 |
| 3. Il paradigma positivista e neopositivista | 43 |
| 4. La presunzione della deterrenza | 47 |
| 4.1 Le statistiche sull'effetto deterrente | 50 |
| 4.2 L'impatto della certezza e della pubblicità
sulla curva omicida | 53 |
| 4.3 Le criticità dell'approccio statistico e
la criminologia critica di Alessandro Baratta | 54 |

CAPITOLO TERZO

SISTEMI CONTEMPORANEI DI APPLICAZIONE DELLA

PENA DI MORTE: REGIMI AUTORITARI E DEMOCRATICI

- | | |
|--|----|
| 1. Uno sguardo ai dati su condanne ed esecuzioni | 57 |
| 2. Pena di morte e integralismo religioso: il caso dell'Iran | 59 |
| 3. Pena capitale e capitalismo avanzato: il caso degli Stati Uniti | 72 |

Introduzione

La questione della pena capitale è un argomento ispidico che ha riguardato tutte le culture e tutt'oggi, in determinati contesti, è applicata come forma di violenza "istituzionale". La sua funzione principale si concretizza nell'eliminazione di un deviante, un avverso alla società, un individuo che con la sua condotta trasgressiva ha violato le regole vigenti. Ma le sue possibili giustificazioni politiche, sociali e religiose, favorevoli o contrarie, sono riconducibili ad un determinato ruolo che ha svolto in passato e che svolge tutt'ora. L'interrogarsi sul valore della vita, sul senso della giustizia, sullo scopo delle pene e delle istituzioni penitenziarie, come sul diritto dei governanti di attribuirsi il potere di uccidere, conduce, ovviamente, ad esiti differenti. La pena di morte scinde il mondo, sia occidentale che orientale. L'approccio sociologico-giuridico alla predisposizione dell'elaborato mi ha permesso di analizzare, nel corso della storia, anche tramite l'analisi di diversi studi scientifici, le ragioni attinenti alle funzioni e agli scopi concernenti l'istituto in questione. La riflessione sull'attualità e rilevanza dell'oggetto della dissertazione origina, in *primis*, sia dai dati inerenti al numero di esecuzioni registrate dall'organizzazione non governativa "Nessuno tocchi Caino", che dal 2000 ad oggi (12/04/23) ne riporta 47640 accertate, sia dal numero di paesi che applicano tale strumento, ovvero circa un terzo del totale. L'interesse alla tematica è stato anche determinato dalla statuizione dell'articolo 27 della Costituzione italiana, che oltre a sancire il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, stabilisce che la pena deve tendere alla rieducazione del condannato. Quest'ultima locuzione, a mio avviso, dovrebbe costituire sostanzialmente e non solo formalmente un principio fondamentale comune ed effettivo. Con ciò non intendo affatto sottovalutare le conseguenze che specifici comportamenti violenti, quale un omicidio, hanno causato e possono causare alle vittime e ai loro famigliari. La vendetta è un sentimento umano perfettamente comprensibile e probabilmente lo è per eccellenza. Pulsioni dirompenti ed irrefrenabili possono determinare l'individuo ad agire da deviante, infrangendo con azioni incomprensibili le regole sociali dominanti. Tuttavia, "l'evoluzione della specie" e i conseguenti traguardi di civiltà giuridica, che hanno delineato la formazione degli stati costituzionali di diritto fondati sulla cultura dei diritti fondamentali, dovrebbero indurre, a mio avviso, ad abbandonare i violenti e discriminatori retaggi del passato, consentendo alle comunità odierne, costituite da credi, culture e tradizioni differenti, di fondarsi sulla convivenza, condivisione, rispetto, dignità, integrazione, risocializzazione e

comunicazione trasparente. Valori che forse, nonostante la storia, non si sono ancora integralmente appresi.

Nel primo capitolo mi sono concentrato sull'*excursus* storico giuridico della pena capitale in Europa, dove ho descritto la sua pratica nella cultura romana e greca, sia con particolare riferimento al mutamento sanzionatorio, dal monopolio privato a pubblico, sia con riguardo alla varietà dei metodi esecutivi. Ho analizzato il suo utilizzo nel periodo medievale, concentrandomi principalmente sulla comune politica repressiva della Chiesa Cattolica e dello Stato. Inoltre, tenendo presente la configurazione dell'ambito applicativo del reato di Lesa Maestà, mi sono soffermato sul suo sviluppo temporale nelle principali legislazioni penalistiche ante e post unità d'Italia, fino a giungere alla sua abrogazione nell'ordinamento italiano, avvenuta con la modifica costituzionale del 2007.

Nel secondo capitolo l'analisi socio-giuridica, avviata con la distinzione fra concezione retributiva e concezione preventiva della pena, si è rivolta alle implicazioni teoriche del paradigma classico e positivista dalle quali sono giunto ai corrispondenti neo-paradigmi odierni, applicati ad alcune politiche penali statunitensi ed europee. Al fine di vagliare l'asserita plausibilità dell'effetto deterrente della pena capitale, mi sono avvalso del confronto fra alcune indagini statistiche cercando di valutarne l'affidabilità. Alla luce dei risultati raggiunti dai raffronti statistici, ho supportato il mio ragionamento con l'argomentazione empirico-razionale della criminologia critica di Alessandro Baratta.

Nel terzo capitolo ho affrontato la tematica dell'opportunità della pena di morte nei sistemi contemporanei di alcuni regimi assolutisti e democratici, con uno sguardo recente ai corrispondenti dati di condanne ed esecuzioni a morte. Fra le forme di governo assolutistiche ho scelto di dedicarmi al contesto dei paesi a maggioranza musulmana e alla relazione tra pena capitale e integralismo religioso, soffermandomi sulla biunivocità della connessione religione-diritto e sulla "politicizzazione" del termine *Shari'a*, con particolare riferimento alla situazione iraniana. Ho ricercato il significato della strumentalizzazione dell'interpretazione delle fonti islamiche che indubbiamente condiziona e stigmatizza fortemente buona parte della cultura dei paesi a maggioranza musulmana. In questo quadro ho scelto di valorizzare l'orientamento riformistico femminista, rivolto al recupero dell'importante, seppur minoritaria e di breve vita, tradizione giuridica mu'tazilita. Nell'ultimo paragrafo mi sono concentrato sugli Stati Uniti d'America, l'unica fra le democrazie occidentali a prevedere oggi giorno, in taluni

paesi, la pena capitale. Nella presente parte della disamina ho deciso di dedicarmi all'incisività del populismo e alle forme di capitalismo avanzato che sembrano caratterizzare l'esigenza funzionale e punitiva della super potenza mondiale, che si è declinata in una struttura neo-imperiale con aspirazioni egemoniche globali.

CAPITOLO PRIMO

LA PENA DI MORTE IN EUROPA E IN ITALIA: UN EXCURSUS STORICO-GIURIDICO

1.- L'antichità

La storia della pena capitale trova origine, verosimilmente, con la nascita dell'umanità. Negli ordinamenti socio-giuridici delle civiltà preistoriche era diffusamente utilizzata come strumento di risoluzione dei conflitti. Nei tempi antichissimi chi trasgrediva certe regole, anche se minimamente, doveva essere ucciso. L'uccisione del responsabile, ampiamente utilizzata come mezzo di tutela della proprietà, era anche uno strumento determinante per ottenere rispetto e generare paura. Tale soluzione, prima dell'affermarsi del concetto di stato in qualsiasi sua forma, era l'unico deterrente per limitare l'avidità dell'individuo e quindi per contrastare, a sua volta, ogni forma di violenza indiscriminata¹.

In assenza di leggi scritte la funzione giudicante era svolta dal capo tribù, dall'anziano o dal re che applicava, di solito arbitrariamente, una delle regole consuetudinarie trasmesse oralmente fino a quel determinato momento anche se, tendenzialmente, la prassi comune consisteva nel farsi giustizia personalmente o tramite il gruppo di appartenenza. Con l'avvento del diritto scritto la pena capitale venne disciplinata da quasi tutti i codici delle comunità antiche. La sua prima testimonianza scritta risale al codice Babilonese di Hammurabi nel XVIII secolo a.C. (1792-1750). La disciplina sanzionatoria del re stabiliva che nella gran parte dei conflitti interpersonali la pena fosse speculari all'offesa, c.d. legge del taglione, la cui descrizione compare sovente nella dizione "occhio per occhio, dente per dente", con la quale la persona danneggiata o in caso di omicidio i membri del gruppo di appartenenza, infliggevano all'offensore un danno di egual misura¹. I papiri di Amherst documentano i processi criminali avvenuti 15 secoli prima dell'anno 0². Al loro interno è contenuta

¹S. D'Auria, *La pena capitale sviluppo storico e prospettive attuali di diritto internazionale*, in «Rassegna penitenziaria e criminologica», XXIV, fasc. 3, 2014, p. 55

²La tematica della giustizia nell'antico Egitto è strettamente connessa alla dea Maat, emblema della verità, dell'equilibrio e della giustizia. Tale divinità svolgeva un ruolo fondamentale nella cerimonia dell'apostasia, che consisteva in un giudizio post morte sul comportamento del defunto nel corso della sua esistenza terrena che in caso di esito positivo gli permetteva di accedere all'aldilà. Dopo che quest'ultimo avesse negato di aver compiuto determinati peccati avveniva la pesatura sulla bilancia. Su un piatto il cuore del defunto, sull'altro la piuma, ovvero la rappresentazione della Maat proprio come simbolo di verità e giustizia. J. Laurence, *Le pene capitali*, Milano, 1963, p. 14

probabilmente la più remota sentenza capitale, descrittiva di come il reo, condannato per magia, fosse libero di scegliere il metodo della propria esecuzione. I popoli precolombiani Sudamericani, quali Maya, Aztechi e Incas, non conoscevano il carcere né la distinzione tra omicidio volontario e involontario. Al furto corrispondeva la pena della schiavitù, all'omicidio la pena di morte (a condizione che il colpevole non offrisse un congruo risarcimento ai familiari della vittima). Il supplizio capitale era applicato anche in caso di adulterio, reputato un reato lesivo della proprietà³. Le ragioni laiche si confondevano con quelle religiose; diritto e religione si basavano su un rapporto biunivoco. Il dio ebreo, Yahweh che aveva stretto un accordo con il proprio popolo secondo il quale offriva protezione e assistenza, puniva in modo severo ogni forma di trasgressione.

La prima parte dell'*Antico Testamento*, il Pentateuco, testimonia il compimento di svariate esecuzioni, tramite lapidazione ed impiccagione, avvenute in assenza di un reale motivo o comunque determinate da modestissime violazioni della legge sacra. La legge di Mosè, colma di riferimenti sulla pena di morte, afferma esplicitamente la sua legittimità: “*maleficos non patieris vivere*”. Essa si applicava alle ipotesi di omicidio, parricidio, falsa profezia, adulterio, incesto, idolatria. La forma comune di esecuzione era la lapidazione, anche se in base al ventunesimo capitolo del *Deuteronomio*, veniva applicata anche l'impiccagione. L'evoluzione delle società antiche si sviluppa con l'affermarsi dei primi apparati centrali nei vari gruppi di individui; muta gradualmente la concezione del reato, non più considerata solo come un'offesa al singolo ma come una condotta che per svariate ragioni poteva essere lesiva dell'intera comunità, comportando un possibile affiancamento o la sostituzione della comunità alla vittima nella comminazione della pena⁴.

2.- Le culture romana e greca

La letteratura e in particolare la storiografia, non offrono delle ricostruzioni sufficientemente eloquenti e puntuali. Considerando appunto la scarsità e la limitata affidabilità delle fonti antiche, risulta difficile delineare una cornice precisa del quadro storico in oggetto.

³S. D'Auria, *La pena capitale*, “cit.”, p. 55-56

⁴G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, “cit.”, p. 57

A Roma, nell'era dei re, la *civitas*, intesa come comunità politica e religiosa, aveva la funzione di garantire il corretto adempimento della vendetta quale strumento legittimo di restaurazione della pace sociale. Il periodo arcaico, ricompreso tradizionalmente tra il 750 e il 510 a.C., coincide con un complesso ordinamentale gracile ma sufficientemente definito: pratiche religiose, potere militare, *gentes*, proprietà della terra e *patria potestas*. In queste comunità il *pater familia* era *dominus* anche nei confronti della moglie che soggiaceva al suo potere. Essa non poteva bere vino in quanto veniva considerato un corpo estraneo che non doveva essere introdotto nell'organismo. Più verosimilmente, il divieto appena citato, può trovare spiegazione nel fatto che lo stato di ebbrezza derivante dall'assunzione di bevande alcoliche può determinare un'euforia che potrebbe favorire il tradimento. In merito a questo, mentre l'uomo era libero di accoppiarsi con concubine, schiave e simili, alla donna era preclusa ogni forma di rapporto effusivo al di fuori del matrimonio che consacrava la proprietà dell'uomo nei confronti della donna. La sposa fedifraga veniva sottoposta dal marito a pene terribili, come la mutilazione o la morte per fame. Anche l'uomo che si approfittasse della sposa altrui era sottoposto a punizioni esemplari, come la sodomizzazione con rami di albero, la mutilazione dei genitali o di altre parti del corpo, prima della morte.

La tavola XIII° delle leggi delle XII tavole stabiliva: «*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*». Anche qui, come nel già citato codice di *Hammurabi*, la legge del taglione prevedeva che l'offesa fosse speculare all'aggressione. Lesioni personali (*os fractum, membrum ruptum*) ed omicidi, comportavano la reazione della vittima o dei membri del suo gruppo di appartenenza (*gens e familiae*). Non facile delineare una distinzione netta tra delitti privati, denominati *delicta* o *maleficia*, e delitti pubblici, indicati successivamente con il termine *crimina*. Ante legislazione decemvirale, la condotta antiggiuridica era perennemente punita dall'offeso, allorché l'autore fosse colto in flagranza o qualora avesse su di sé prove tali da risultare con evidenza l'offensore. Il furto in flagranza, qualora vi fosse la testimonianza ed eventualmente l'intervento in aiuto della vittima da parte dei vicini, comportava la cattura diretta del ladro che, se non fosse stato ucciso, avrebbe acquisito lo status di schiavo e poteva essere mercificato *trans tiberium* o sfruttato per il lavoro dalla vittima a tempo indeterminato. Per quanto concerne i delitti pubblici come la *perduellio* (tradimento) o il *parricidium* (uccisione del *pater familias*), l'accertamento del fatto e l'esecuzione della pena si svolgevano sotto la vigilanza del *rex*, del popolo e dei magistrati competenti (*duumviri perduellionis e quaestores parricidii*). Le antiche leggi di Numa, inerenti all'omicidio volontario e

involontario, prevedevano nel primo caso che, qualora l'uccisione fosse sorretta da dolo la morte del reo come pena fosse necessaria, mentre era evitabile in caso di comportamento colposo ma a condizione che alla famiglia della vittima venisse donato un ariete. Il rituale, avente valore di corrispettivo e di compensazione, avveniva di fronte al popolo riunito in *contione* che svolgeva una funzione di accertamento dell'imprudenza o del dolo, verificando che i parenti dell'ucciso, in caso di mancanza di dolo, rinunciassero all'esecuzione accettando l'offerta del reo. Qualora invece venisse riscontrata l'effettiva volontà di cagionare la morte alla vittima, si vigilava sulla corretta concretizzazione della pena di morte effettuata dal gruppo di appartenenza dell'offeso. Le leggi di Numa, disciplinando le modalità della vendetta, potrebbero aver rappresentato un momento significativo per la metamorfosi dell'idea di pena, progressivamente attratta nell'ottica pubblicistica⁵.

Le fattispecie maggiormente punite rientravano nell'area della *proditio*, comprensiva dell'alto tradimento, diserzione, ribellione, codardia in combattimento, complicità con il nemico. Per tali crimini comportanti la lesione della sicurezza delle istituzioni, la pena si attuava con la fustigazione o decapitazione, comminata su comando del *rex* o dei suoi collaboratori, anch'essi muniti di fasci littorii, emblema dell'*imperium* magistratuale. L'età repubblicana – dal 510 a.C. al 27 d.C. – ha inizio con l'allontanamento dell'ultimo re di Roma, Tarquinio il Superbo. Nel suddetto arco temporale si realizza un'irrefrenabile trasformazione della struttura sociale, economica e politica, tale da determinare un rafforzamento dell'apparato governativo sulla repressione pubblica. Le *dodici tavole*, edite nella fase di assestamento del nuovo assetto istituzionale, oltre a costituire il paradigma della transizione dallo *jus* consuetudinario e segreto al diritto scritto e pubblico, rappresentano una versione embrionale del principio di uguaglianza, un riconoscimento al ceto sociale plebeo a seguito delle disparità di trattamento politiche, economiche e sociali imposte dal patriziato.

Si comincia così a circoscrivere la ripartizione tra delitti privati, tutelabili nel processo privato nell'esclusivo interesse della vittima e dei suoi famigliari e delitti pubblici, perseguiti e puniti pubblicamente non solo nell'interesse della vittima ma anche per quello della comunità di appartenenza. La sanzione privata tendeva progressivamente a concretizzarsi nella dazione di una somma denaro, legale o convenzionale. A conferma di ciò la legislazione *decemvirale*, con riferimento ai *delicta*

⁵A. Schiavone, *Storia giuridica di Roma*, Torino, Parte Prima, 2016, pp. 61-65

di furto, rapina, *iniuria* e *damnum iniuria datum*, sanciva appunto una limitazione della vendetta prevedendo una composizione in denaro. Per il *membrum ruptum*, il taglione era evitabile solamente nel caso di accordo sul quantum del risarcimento. Nell'omicidio, la composizione negoziata era soventemente irrealizzabile e tendenzialmente si concretizzava nella vendetta privata, come d'altronde avveniva per i *delicta* di furto notturno in flagranza, furto diurno con difesa armata del malvivente, furto del gregge, incendio dell'abitazione o del raccolto ed anche per il ricorso all'uso della magia. Nella legge dei *decemviri* non risultano organi competenti per tali fattispecie, ed è verosimile che la punizione fosse direttamente irrogabile dall'offeso⁶. La pena di morte era attuabile con estrema varietà dei supplizi, per esempio in caso di incendio dell'abitazione o del raccolto l'esecuzione avveniva con la vivicombustione. Talvolta la pena di morte poteva essere commutata in esilio; la possibilità di sottrarsi alla condanna era subordinata ad una disponibilità economica tale da poter ricominciare una nuova vita altrove.

Riconducibile al periodo di instaurazione della forma di governo repubblicano è la genesi dell'istituto della *provocatio ad populum*, richiamato più volte alla memoria da Cicerone nelle XII tavole. Non un appello in senso tecnico ma un processo di tipo inquisitorio svolto innanzi ai *comitia centuriata* quale espressione della "libertà repubblicana". Una garanzia che ebbe anche la funzione di limitare il governo autoritario del patriziato, considerate le dinamiche economico-sociali che spinsero alla *secessio Plebis* sulla collina sacrosanta. Per limitare gli abusi magistratuali, la *lex Valeria* del 300 a.C. introdusse una sorta di decalogo delle sanzioni per limitare la discrezionalità (illimitata) dei magistrati nella determinazione della pena. Livio descrive l'eventuale inadempimento del magistrato come *gravis* in un sistema penale basilare bipartito tra pena pecuniaria e capitale ove, evidentemente, era preferita con acerrima severità quella più grave⁷.

Nel periodo imperiale la portata della pena privata si riduce drasticamente, a differenza di quella pubblica che aumenta con il rafforzarsi dell'autorità statale. La *lex Iulia iudiciorum publicorum* del 17 a.C., consolidando la *cognitio extra ordinem*, attribuiva ai funzionari statali ampi margini di discrezionalità funzionali ad un processo di stampo marcatamente inquisitorio: alle pene legali, presenti in minoranza, si aggiunse

⁶Ivi, "cit.", pp. 205-207

⁷E. Tavilla, *La pena di morte nella cultura penale di diritto romano: fondamenti ed eredità*, in «Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir», MMXV, fasc.1, 2015, pp. 54-55

un ampio elenco di sanzioni connotate da ferocia e crudeltà, soggettivamente applicabili dai magistrati a seconda delle circostanze del caso. La necessità di assicurare pace e sicurezza pubblica, formalmente nell'interesse del popolo romano, fu strumentale alla creazione o ridefinizione della tipologia dei *crimina laese maiestati*, che in quanto offensivi della sicurezza statale furono connotati da severi inasprimenti di pena, comportando un'estensione delle sanzioni capitali a fattispecie per le quali, in passato, non erano previste. Il bene protetto, più che coincidere con il mantenimento dell'ordine pubblico, afferiva alla tutela della personalità del principe nelle sue varie accezioni. Tale categoria di crimini, oltre ad essere accompagnati in via preventiva dalla morte civile del reo (*aqua et igni interdictio*) era inclusiva delle ipotesi di alto tradimento, connivenza con il nemico, istigazione alla rivolta, iniziative militari non approvate, falsificazione di monete, attentato all'incolumità del magistrato, appropriazione delle funzioni del principe.

A causa della discordanza di fonti è incerto se l'oppressione della religione cristiana e di conseguenza la sua qualificazione giuridica potesse essere qualificabile nei *crimina laese maiestati*, poiché lesiva dei culti riconosciuti e in special modo offensiva dell'essenza divina del principe o se, altrimenti, l'accusa fosse di *sacrilegium* (una sorta di profanazione degli dèi romani) o in ultima ipotesi un mero illecito d'opinione. In epoca classica, a differenza del periodo repubblicano, l'esilio non poteva surrogare l'applicazione della pena capitale; l'unica opzione per evitare l'esecuzione, consisteva nella richiesta di grazia all'imperatore. La pena della reclusione non venne propriamente utilizzata dai romani se non principalmente come strumento di custodia in attesa del giudizio o dell'esecuzione⁸.

I supplizi dell'epoca imperiale, soprattutto nel secondo e terzo secolo d.C., con particolare riferimento ai periodi di Marco Aurelio, Adriano e Antonino Pio, si caratterizzarono per una forte spettacolarizzazione della violenza. Una tipica manifestazione del trionfo della sovranità avveniva nell'anfiteatro, emblema dell'espansione provinciale di Roma e strumento di acquisizione dei consensi, luogo in cui si combinavano una moltitudine di condanne, spesso mortali, alla quale ogni cittadino aveva il privilegio di assistere. Presumibilmente la visione della condanna ai giochi gladiatori rientrava tra gli svaghi preferiti dal popolo. Equiparata alla pena di

⁸*Ivi*, pp. 57-58

morte, il numero delle vittime provocate ammontava a migliaia ogni anno⁹. Un numero significativo per una popolazione di 50-60 milioni di individui. I gladiatori, oltre ad essere soggetti condannati, erano o schiavi o professionisti del combattimento alla ricerca del profitto o della gloria. Dal commercio dei condannati, l'impero percepiva un incasso di 20-30 milioni di sesterzi annui. Eseguita anch'essa nell'anfiteatro, "la *damnatio ad bestias*" prevedeva che il condannato fosse buttato in pasto a bestie feroci. Nel periodo del regno di Adriano si accentuano fortemente le discriminazioni sociali, con la previsione di un diverso trattamento sanzionatorio a seconda del ceto di appartenenza. Prima per prassi e poi per disciplina legale, *honestiores e uumiliores* erano assoggettati a pene diverse per le stesse condotte antiggiuridiche. L'esecuzione con la decapitazione riguardava in *primis* cavalieri e senatori. Una morte quasi fortunata rispetto a quella riservata agli appartenenti ai bassi ranghi della società. Loro, *humiliores e peregrini*, erano destinatari di supplizi decisamente più crudeli (i c.d. *summa supplicia*): *crematio* (vivicombustione), *damnatio ad bestias* o *ad ludum* (condanna ad essere dati in pasto alle bestie feroci o ai giochi gladiatori), *damnatio in metallum* (condanna al lavoro in miniera fino al sopraggiungere della morte) o *damnatio in crucem* (condanna alla crocifissione). Siffatte condanne fatali non di rado erano anticipate da pene corporali come la fustigazione (*flagellorum ictus*) o la battitura (*fustium ictus*), la prima riservata agli *humiliores* e ai peregrini, la seconda agli *honestiores*¹⁰.

Nell'antica civiltà greca, la nozione di "giustizia penale" coincideva con la vendetta privata, un dovere morale-sociale spettante in particolare al nucleo familiare delle vittime. La vendetta, che si trasmetteva di generazione in generazione, aveva la funzione di ripristinare l'onore perduto e poteva essere addotta a sostegno dell'accusa facendo valere l'ostilità con il nemico. La rinuncia ad esercitarla, in una proto-società fondata su schemi comportamentali coincidenti con il volere divino e valutazioni sociali fortemente stigmatizzanti, causava vergogna e perdita della reputazione. Le fonti dell'epica omerica permettono di individuare una funzione della vendetta nella ricostituzione del rispetto sociale alterato, in una delle accezioni retributive della pena. Indizi dell'originaria funzione espiatoria della punizione potrebbero desumersi anche dalle descrizioni degli scontri bellici, in cui la morte del compagno d'armi, doveva essere vendicata per ripristinare l'ordine cosmico violato. La vendetta corrispondeva altresì ad

⁹A. McClintock, *Per un'iconologia dei supplizi*, in «Rivista di diritto romano», XV, 2015, pp. 1-3

¹⁰E. Tavilla, *La pena di morte nella cultura di diritto romano*, "cit.", p. 57

una giusta gratificazione della vittima e alla compensazione del male inflitto al gruppo familiare.

La prima legislazione Ateniese, come riportato da Aristotele, risale al 621-620 a.C. ed è attribuibile a Dracone (o Draconte). Tale legge si colloca nella fase di transizione della vendetta da prerogativa prettamente individuale a sociale, tramite un controllo collettivo volto a disciplinare l'accertamento e l'esecuzione del fatto illecito. Il merito della disciplina consiste nella regolamentazione della vendetta, che distinguendo l'omicidio in volontario e involontario, realizza un'innovazione della tradizione punitiva, pur senza stravolgere il sistema previgente. Il mutamento consiste nel dovere dei familiari della vittima di instaurare la causa privata per omicidio (*dike phonou*) innanzi al collegio degli arconti. Accertata la volontarietà, le pene irrogate erano la morte ed il sequestro dei beni. L'esecuzione, nel rispetto della prassi plurisecolare, rimase in un primo periodo direttamente eseguibile dai parenti e solo successivamente venne attribuita ad un organo giudicante. In tal caso, l'uso comune permetteva al reo di optare per l'esilio sempiterno in sostituzione della pena capitale.

Un'altra via per sottrarsi all'applicazione dell'uccisione dell'offensore consisteva nel raggiungere un accordo con i membri della cerchia di appartenenza della vittima per il risarcimento del danno, stabilendo il *quantum* di denaro o altri beni in compensazione. Qualora l'esito della cognizione magistratuale avesse fatto riscontrare l'involontarietà della condotta l'esilio poteva essere la conseguenza dell'azione del colpevole. Il minor disvalore dell'elemento soggettivo, con riferimento alla pratica dell'allontanamento dalla comunità, attribuiva la facoltà di rendere reversibile la pena a condizione che il voto della cerchia parentale della vittima fosse unanime nell'elargire la grazia. Oltre a tali ipotesi, vi erano delle situazioni categoriche in cui l'omicidio era legittimato (*phonos dikaios*): l'involontaria uccisione dell'antagonista nel corso dei giochi, l'eliminazione in battaglia di un compatriota per errore, l'assassinio di un malvivente per strada in caso di assalto, l'uccisione di colui che instaurava un rapporto carnale con la figlia, la madre, la moglie o la concubina dell'omicida¹¹.

La trasformazione della concezione della pena, riferita all'evoluzione da privata a pubblica, si afferma più lentamente rispetto alla cultura romana, considerato che l'omicidio, trattato appunto come una vicenda di famiglia, restò nella sfera della pena

¹¹J.-U. Krause, *Kriminalgeschichte der antike*, 2004, trad. it. *La criminalità nel mondo antico*, Roma, 2006, pp. 15-24

privata per parecchio tempo. Progressivamente nella democratica città-stato ateniese, comincia a mutare l'idea di pena concependola non più come ritorsione ma come strumento finalizzato alla riabilitazione del colpevole e alla deterrenza per gli appartenenti alla comunità.

Muta la “cultura dell'ira”, come confermato da Platone nel *Protagora*. Affermata l'utilità della pena sulla base della prevenzione (sia generale che speciale) e dell'emenda, riduce l'applicazione della sanzione capitale a casi eccezionali e gravi pur con significative differenze rispetto alle odierne teorie risocializzanti. Furono proprio gli ellenici a interrogarsi per primi sulla funzione della pena in occidente. Famosi oratori quali Lisia, Demostene e Dinarco, testimoniano come il cambiamento culturale non fu unanime causando uno scontro ideologico tra gli antesignani delle moderne teorie retrospettive e prospettive. Esemplificativo è il racconto della Guerra del Peloponneso di Tuciddide. A seguito della rivolta del popolo di Mitilene ad Atene, gli ateniesi si chiesero quale fosse l'adeguato castigo da infliggere ai sovversivi. Da un lato, lo schieramento di Cleone sosteneva che la punizione doveva essere irrogata istantaneamente, uccidendo gli uomini e riducendo in schiavitù donne e fanciulli. Diversamente il trascorrere del tempo avrebbe lenito la collera riducendo l'efficacia generale-deterrente della pena volta a dissuadere i consociati dalla commissione di futuri crimini. Nell'ottica di Cleone la pena sarebbe la giusta conseguenza del male inflitto fungendo da monito per i successivi trasgressori. Di diverso avviso chi come Diodoto sosteneva che una punizione efficace doveva essere ponderata e non potesse essere applicata con impulsività. Qualora il novero di illeciti sanzionati con la morte riguardasse numerose fattispecie non gravi, l'effetto deterrente coinciderebbe con un mero miraggio in quanto i criminali continuerebbero a commetterli nella speranza dell'impunità. Preferibile quindi un'impostazione rivolta alla prevenzione del comportamento anti-giuridico¹².

Nell'Atene classica del V° e IV° secolo a.C., il novero delle pene previste non includeva la detenzione, se non come strumento di custodia cautelare, né la condanna ai lavori forzati. Ancora non chiara la funzione dell'esilio, qualificabile forse come una pena autonoma o forse come un'alternativa alla pena di morte. La possibilità di usufruirne volontariamente era determinata dall'appartenenza dell'individuo ad un ceto

¹²E. Cantarella, *I greci, noi e la pena di morte*, in «SciELO Analytics», MMIX, fasc.32, 2009, pp. 1-4

sociale quantomeno benestante che tramite le adeguate risorse economiche poteva permettersi di rifarsi una vita altrove. La morte, come pena, rimaneva comunque la sanzione applicata con maggior costanza. Si adottava con certezza per i casi di adulterio e di furto colto in flagrante e non si può escludere il suo utilizzo per lo stupro, pur se solitamente collegata alla pena dell'ammenda. Soffermandomi sulla fattispecie di adulterio, trovo significativo analizzare il contesto di riferimento che comportava diversità di trattamento a seconda del genere di appartenenza. L'abitazione costituiva il fulcro della vita familiare e il capo famiglia ne rappresentava l'emblema dinnanzi alla comunità. A differenza dei minori e delle donne godeva dei diritti politici ed era il solo ad avere il diritto di disposizione dei beni *de familia*. Egli poteva mettere a morte colui che avesse un rapporto con sua moglie, con la propria concubina ed anche con la figlia. Se colto in flagrante, oltre ad essere ucciso, poteva essere rinchiuso o variamente umiliato, sino al pagamento di una somma di denaro. Invece un marito che aveva rapporti sessuali con una donna estranea alla famiglia non era considerato un adultero a meno che la sua amante non fosse anch'essa sposata. La ratio è, evidentemente, quella di stigmatizzare i tradimenti della donna sposata che potrebbero mettere in discussione la legittimità dei figli e l'onore del capo famiglia di fronte alla comunità. La donna era quindi sotto il dominio del *pater familia* ed anche per lei era prevista una pena, seppur non capitale, che comportava di fatto l'allontanamento dal gruppo e l'ignominia.

Per quanto attiene ai metodi di esecuzione più in auge nella tradizione greca, si registrano:

- la lapidazione;
- l'*apotympanismos*, una pratica somigliante alla crocifissione che consisteva nel legare il condannato ad un palo di legno con staffe di ferro in attesa che morisse di fame o sete. Veniva applicata in particolare a malfattori, traditori, adulteri e omicidi;
- la somministrazione della cicuta, un composto velenoso e dispendioso, applicata nei casi di trasgressioni contro lo stato e per "empietà";
- la precipitazione dal *barathron*, applicata in caso di offesa agli dèi e per crimini politici. Non è accertato se si tratti di una pena vera e propria o se fosse utilizzata come strumento di smaltimento dei cadaveri¹³;

Giunto al termine della breve disamina sulla pena di morte nella cultura greca e romana, mi accingo a trarre qualche riflessione conclusiva. Sarebbe semplicistico

¹³J-U. Krause, *La criminalità nel mondo antico*, "cit.", pp. 21-24

stabilire una graduatoria e sostenere che la civiltà romana sia stata più violenta rispetto a quella Greca, come d'altronde sarebbe erroneo sostenere che le società moderne siano maggiormente pacificate rispetto alle antiche comunità, in quanto il sistema di percezione della violenza è correlato al contesto socio-giuridico di riferimento e di conseguenza ai modelli comportamentali propri elaborati da ogni società. Con ciò non intendo sostenere il carattere mite delle pene nel periodo storico considerato, basti soffermarsi sulle varietà dei supplizi capitali in auge in particolare a Roma. Trovo quindi sensato riferire di pene di morte e non semplicemente di pena di morte. Affermazione che vale per il passato ma anche per il presente, considerando a livello globale i metodi di esecuzione tuttora in vigore, seppur in numero ridotto.

Tra questi, sempre con riferimento al passato, proprio in considerazione della moltitudine esecutiva, è inevitabile che alcuni più di altri siano denotati da una particolare crudeltà, come la non ancora menzionata *poena cullei* romana. Un rituale solenne che celava una funzione precisa: il colpevole veniva collocato all'interno di un sacco sigillato con una vipera, un cane, un gallo e una scimmia. Con la testa ricoperta dalla pelle di lupo e indossando zoccoli, trasportato su un carretto di bovini, era gettato nel Tevere. L'inserimento fisico nel sacco era preceduto dalla fustigazione con singolari ferule. Tale cerimoniale, evidentemente intriso dalla sfera magico-sacrale (come per la maggior parte delle pene menzionate), era applicato inizialmente ai casi di parricidio. Questa fattispecie, ovvero l'uccisione del *pater familias*, nel momento in cui la logica societaria si fondava sul governo del pater e sulla *patria potestas*, era percepita come una condotta estremamente grave e la conseguente *poena cullei*, con la sua ritualità, aveva la funzione di attestare la supremazia dell'autorità dominante. Emerge come la transizione dalla vendetta privata alla sua regolamentazione, da prerogativa puramente individuale fino a divenire collettiva, sia graduale e inevitabilmente condizionata dalle consuetudini sociali. In conclusione, oltre ad affermare l'autorità governante, le pene di morte avevano la funzione di evitare l'ira divina e la giustizia privata¹⁴.

¹⁴E. Cantarella, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, 1999, pp. 339-346

3.- Il Medioevo

Nella ricostruzione tradizionale l'inizio del periodo medievale e la fine dell'età antica coincidono con il 476 dopo Cristo, annata in cui l'imperatore Flavio Romolo Augusto venne destituito dal generale "barbaro" Odoacre. La caduta dell'Impero romano d'occidente, assieme alla compilazione dell'immensurabile *Corpus Iuris Civilis*, all'insediamento di una pluralità di popoli germanici, alle consuetudini territoriali, alle relazioni feudali, all'aristocrazia, al ruolo della Chiesa in competizione con le monarchie, accomunano un contesto nel quale molte delle idee qui sorte si presentano invariate ma è stato anche un periodo di ideazione e rinnovamento¹⁵. Invero la ragione dell'utilizzo così diffuso della pena capitale sotto il profilo della sua utilità e proporzionalità rispetto ai crimini commessi, non si rinviene con ragionevole convinzione neppure nelle epoche storiche successive che hanno apportato significativi cambiamenti di carattere sia socioculturale sia per quanto attiene ai diritti della persona. La relazione tra colpa e punizione origina dall'impostazione stabilita dai Padri della Chiesa e dai teologi scolastici (soprattutto San Tommaso). Il binomio pena-vendetta, definito in modo meno esplicito, è alla base dei sistemi repressivi. Molte delle elaborazioni concettuali del diritto penale moderno – dolo e colpa, preterintenzionalità, capacità e nozione di reato – derivano da quest'epoca. Così, nell'ambito processualpenalistico, lo scontro costante è tra il modello accusatorio romano – che si afferma di preferire – e il modello inquisitorio medievale (che in concreto è preferito). Nel primo l'accusa deve essere provata e l'onere ricade sull'accusatore; il processo, orale e pubblico, s'ispira al principio del contraddittorio e alla presunzione di innocenza. Il secondo registra la coincidenza tra giudice e accusatore, munito di un potere, più che discrezionale, arbitrario. I principi cardine sono l'inversione dell'onere della prova a carico dell'accusato, l'istruttoria scritta e segreta, la presunzione di colpevolezza e la carcerazione preventiva. Oggi quest'ultimo sistema non è altro che un ammodernamento – in un'accezione spesso non migliorativa – del vetusto rituale inquisitorio ideato dalla chiesa per combattere le pratiche eretiche¹⁶.

¹⁵PA.MC.RF.NS.SS.GS.ET, a cura di, *Tempi del diritto, età medievale, moderna, contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 1-40

¹⁶I. Mereu, *La morte come pena*, Roma, Prima Parte, 2007³, pp. 7-9

L'assunto che i moderni sistemi penalistici europei s'ispirino sovente al paradigma medievale necessita di un chiarimento sul periodo effettivamente rilevante, considerata la pluralità di esemplari ricostruibili tutti con caratteristiche differenti. Il graduale riconoscimento della morte come sanzione è molto in linea con lo stile "barocco" medievale ricostruito dalla storiografia. Un importante contributo è offerto da Antonio Pertile, che escludendo il periodo dell'alto medioevo, riconduce il supplizio capitale in un arco temporale di due secoli. Tale esclusione deriva dall'utilizzo del guidrigildo, ovvero il giusto corrispettivo dovuto alla famiglia della vittima, idoneo a impedirne la ritorsione. A parer del Pertile il promotore della «morte come pena» fu Enrico II° nel 1054, seguito poi da Federico I° e II°. La pena di morte, facendosi progressivamente strada negli statuti comunali, finì per imporsi al guidrigildo al termine del XIV° secolo. Il prefato dotto riconduce l'affermarsi della somma pena con il "comando" di Galeazzo Visconti rivolto al governo di Varese:

Avendo noi inteso, che in molte terre soggette al nostro dominio vi sono alcuni statuti, li quali impongono a quelli che commettono omicidio pene pecuniarie solamente, ovvero corporali, la quale si possa schivare o redimere per denaro, per la debolezza della qual pena li ricchi e potenti, e molti altri ancora, non hanno paura di spargere il sangue e di commettere omicidi; e però non volendo noi sopportare che nel nostro Stato alcuno sia per denaro ammazzato, comandiamo che per l'avvenire, in tutte le nostre terre sia inviolabilmente osservato lo Statuto di Milano (1351) il quale parla sopra di questo (...). Se alcuno commetterà omicidio gli sia tagliata la testa; e in questo caso gli siano pubblicati i beni, li quali pervengano nel comune di Milano, salva però la ragione dei creditori.

Nel "profondo e buio alto Medioevo", come lo chiamano gli annalisti, la pena di morte per omicidio non esisteva. Il che implica che la morte come punizione non è stata utilizzata per almeno cinque secoli, o quantomeno, non ebbe ancora la popolarità che acquisì con l'entrata in vigore della legge di Giustiniano. Pertanto, a questo proposito, la tradizionale posizione storica è ribaltata. Ciò diventa ancora più decisivo se si considera il peso del Guidrigildo (l'equivalente della composizione in Italia) come congegno della cultura giuridica, nel momento di transizione dalla pena privata a quella pubblica. Pur diversamente valutato a seconda del ceto di appartenenza della persona

offesa, la sua genesi, riconducibile al comandamento cristiano di non uccidere, consente di attribuire importanza alla vita sottraendola alla disponibilità del legislatore¹⁷.

Per quanto attiene al collocamento della Chiesa cattolica, è necessario procedere distinguendo l'ideologia dall'effettività. Cominciando dalla prima, la chiesa non è mai stata a favore della pena capitale. Interpretando alcuni passi delle Sacre Scritture emerge come si ripropongano sollecitazioni diametralmente opposte all'atto di uccidere. Inequivocabile il comandamento "non uccidere", come è altrettanto significativo l'apologo sull'abbandono del gregge per la ricerca della pecorella dispersa. Tommaso d'Aquino scriveva: «Un uomo si può considerare sotto i due aspetti: in sé stesso e in rapporto agli altri. Considerato in sé stesso nessun uomo può essere ucciso lecitamente: perché in ciascuno, anche se peccatore, dobbiamo amare la natura, che è stata creata da Dio, e che viene distrutta dall'uccisione».

Aderendo a tale principio, ed esimendosi da responsabilità, la chiesa, quando condannava a morte, delegava alla «corte secolare» la procedura esecutiva. Passando quindi all'effettività, con l'editto di Milano (313), il portamento della Chiesa cambia radicalmente. Accantonati i valori dell'amore e della compassione, da qui in poi si afferma il principio d'intolleranza che accordando interessi statali e della Chiesa stessa permetteva di legittimare la morte come strumento sanzionatorio. Siffatta problematica dello *ius Gladii*, nei rapporti tra i due grandi ordini politici, è intrisa di contraddizioni, in quanto l'ammissione dell'istituto, per la Chiesa, significherebbe attribuire allo Stato una prerogativa esclusiva che solo con la negazione dei principi delle Sacre Scritture potrebbe ripartirsi tra i due poteri. Negarne le fondamenta implicherebbe la rinuncia ad un efficace strumento propagandistico per il mantenimento della pace sociale.

Ecco così come, nell'epoca classica medievale, la Chiesa inizia a delineare un modello inquisitorio che apre alla pena capitale, con asserita prudenza legata all'estrema *ratio* della misura, ma in realtà con estrema determinazione ed efficacia. Certo, l'esecuzione della pena si attribuisce al potere laico, ma si giunge ad un'interpretazione del *Vangelo* esasperata ove si accetta l'uccisione quale misura di giustizia. Dopo Innocenzo III^o, tutti i pontefici non faranno che attenersi a questo modello per la giurisdizione politica della Chiesa. Nello stato del Vaticano l'abolizione della pena di morte avverrà solo con Paolo VI nel 1969. Biondo Biondi – famoso studioso della storia romana presso l'università Milanese della Cattolica – ha descritto la legislazione

¹⁷*Ivi*, pp. 12-18

Giustiniana come una raccolta cristiano-romana. Predisposta a tutela del cattolicesimo – che da lì in avanti verrà identificato con il cristianesimo – tramite una strumentalizzazione politico-statale, consentirà di riorganizzare il diritto penale a salvaguardia delle fedi ufficiali. A conferma di ciò si pensi all'introduzione del reato di eresia, assimilato al *crimen* pubblico di Lesa Maestà poiché considerato un oltraggio alla religione e di conseguenza alla comunità, volto a sanzionare la mancata conformità al credo cattolico¹⁸.

Fu San Tommaso d'Aquino a fornire le ragioni scientifiche dell'applicabilità di questa pena, superando il comandamento divino di non uccidere, sostenendo che nell'interesse di un bene comune, è possibile superare gli interessi individuali, senza commettere peccato. Infatti, il bene comune – sempre secondo San Tommaso – e quindi la vita di certi delinquenti, se contraria al bene comune, è sacrificabile nell'interesse della società umana. E per giustificare questo assunto, sicuramente stridente con i principi del *Vangelo*, egli offre la metafora del medico che, per salvare la vita all'infermo con un arto infetto ed irrecuperabile, taglia utilmente la parte malata. Secondo lo stesso principio, il sovrano, per raggiungere la pace e mantenere l'ordine tra i cittadini, mette a morte i criminali, nel timore che la pace sociale sia turbata. Il singolo individuo, quindi, diventa secondario e trascurabile, nell'interesse superiore del gruppo e della sua pace sociale. In tal modo il sovrano diventa vicario di Dio ed esercita la titolarità dello *ius gladii* in nome e per conto della comunità. Di conseguenza i responsabili della sentenza e della sua esecuzione non ne risponderebbero neppure di fronte a Dio in quanto legittimati dall'alto. La morte, come pena, diventa quindi uno dei mezzi più efficaci per prevenire e reprimere i delitti, con buona pace della Chiesa, secondo la giustificazione ideologica fornita da San Tommaso. Comincia un'era nuova, dove per l'interesse generale, chiamato anche interesse collettivo o superiore, la pena di morte sarà pienamente legittimata e ampiamente praticata in quasi tutte le comunità organizzate. Gradualmente nuovi processi sociali cominciarono a minacciare il potere aristocratico e della chiesa. La vecchia aristocrazia cominciò ad essere messa in dubbio, sia per la rivendicazione di una sua naturale supremazia, sia per la sua amministrazione politica corrotta. Dagli introiti del mercantilismo, dalla progressiva urbanizzazione, dal rinascimento, dai bagliori della rivoluzione industriale sino all'affermazione dei principi

¹⁸*Ivi*, pp. 16-25

illuministici nacque una nuova borghesia che mise in discussione il potere e il ruolo dell'aristocrazia e della chiesa¹⁹.

4.- Dall'"eccezione" Toscana al Codice Zanardelli

Una legge che non per caso echeggia fin d'ora, tra le più risonanti del 700' europeo, il Codice Leopoldino o la "Leopoldina", emanato il 30 novembre 1786 da Pietro Leopoldo D'Asburgo figlio dell'imperatore Francesco Stefano di Lorena e dell'imperatrice Maria Teresa D'Asburgo, oltre a prevedere il divieto di tortura, è stato il primo Codice penale di uno stato dell'era moderna ad abolire la pena di morte. Certamente un inedito mondiale, considerando che il primo paese europeo a sancirne l'abolizione fu il Portogallo circa un secolo dopo, nel 1867, mentre negli Stati Uniti d'America, nonostante i propositi della dichiarazione d'indipendenza del 1776, il risultato fu raggiunto solo nel 1847 e soltanto nello stato del Michigan.

La riforma della legislazione criminale Toscana ebbe un consenso tale da diffondersi rapidamente oltre il suo territorio, dapprima in Lombardia e successivamente al di là del confine italico, ottenendo nei quattro anni successivi diverse pubblicazioni in francese, inglese, tedesco e latino. Un esito incredibile, considerata l'esigua diffusione mediatica dell'Europa settecentesca. Fortemente voluta dal Granduca, non fu una scelta meramente politica di opportunità ma il frutto di una precisa ideologia di giustizia penale. Il terzo primogenito della casata Lorena godeva indubbiamente di un'istruzione culturalmente elevata, tramandata da personaggi come Jacob Sauboin, Carlo Antonio Martini e Francesco Thurn-Valsassina. Formatosi a Vienna, in un contesto intinto dall'illuminismo e dal riformismo di matrice cattolica, salì al trono toscano nel 1765, un anno dopo la pubblicazione di un inconsueto libello, intitolato *Dei delitti e delle pene*, il cui autore era Cesare Beccaria²⁰. L'opera del marchese lombardo, gli ideali illuministici e giusnaturalistici del Settecento su cui la Scuola Classica si articolava – della quale mi occuperò specificatamente nel secondo capitolo –influirono significativamente sulla mentalità di Pietro Leopoldo e di conseguenza anche sulla sua legge penale Toscana del 1786, che ne recepì lo spirito e gli ideali, fornendo un'eredità che tutt'oggi è ancora più che attuale. La circolazione mondiale dell'opuscolo di Beccaria, probabilmente il

¹⁹Ivi, pp. 29-33

²⁰G. Flick, *Dalla Leopolda alla Leopoldina. Un passo indietro o un ritorno al futuro?* in «associazione italiana dei costituzionalisti», MMXV, 2015, pp. 3-4

giurista di maggior fama dell'esperienza giuridica europea, ad oltre 250 anni dal momento della sua stampa a Livorno, riflette la storia della scienza penalistica moderna.

Le criticità di Beccaria sull'utilizzo dello strumento della pena di morte costituiscono argomentazioni consistenti alle quali si riallaccia l'orientamento abolizionista della cultura europea e nordamericana e che tutt'oggi appaiono più contemporanee che mai alla luce delle regole penali vigenti inerenti alla previsione della pena di morte, con particolare attenzione a due macro-potenze monetarie dell'era odierna, come la Repubblica Popolare Cinese e gli Stati Uniti d'America²¹. L'opera del filosofo milanese ebbe un inaspettato successo: divenne simbolo dell'Illuminismo dapprima in Italia e in seguito in tutta Europa, a cominciare dalla traduzione francese del 1765 e successivamente con le traduzioni inglesi, svedesi, polacche, spagnole, tedesche, danesi, greche, rispettivamente pubblicate nel 1767, 1770, 1772, 1774, 1778. La storia registra come nella seconda metà del Settecento il dibattito sulla questione criminale sia stato più intenso che mai. Michel Porret definisce "momento Beccaria" il periodo tra la pubblicazione dell'opera e la Rivoluzione francese, sottolineando come il problema penale fosse il fulcro della vita politica. L'intenzione di Beccaria era quella di criticare la crudeltà delle pene sia per la loro intrinseca inutilità che per la loro indiscutibile disumanità. Significativo un passo tratto dal suo opuscolo, che cita: «quale può essere il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili?»²².

Constatata la sinergia tra i *Dei delitti e delle pene* e il codice Leopoldino, quest'ultimo oltre all'eliminazione in via generale delle pene corporali spietate – pur mantenendone alcune come staffilata, gogna e frusta pubblica – ha come pietra miliare della riforma l'abolizione della pena di morte, sostituita dalla pena dei lavori forzati a vita. Ecco che, con "un colpo di penna", il principe austriaco statui:

Abbiamo veduto con orrore con quanta facilità nella passata legislazione era decretata la pena di Morte per Delitti anco non gravi, ed avendo considerato che l'oggetto della Pena deve essere la soddisfazione al privato, ed al pubblico danno, la correzione del reo figlio anche esso della società e dello stato, della cui emenda non può mai disperarsi, la sicurezza nei Rei dei più gravi ed atroci delitti che non restino in libertà

²¹P. Moro, *Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione*, in «Edizioni Scientifiche Italiane», MMXV, 2015, pp. 155- 156

²² P. Audegean, *Dei delitti e delle pene: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in «academia.edu», 2014, pp. 1-3

di commetterne altri, e finalmente il pubblico esempio; che il Governo nella punizione dei Delitti, e nel servire agli oggetti ai quali questa è unicamente diretta, è tenuto sempre a valersi dei mezzi più efficaci col minor male possibile al reo; che con tale efficacia e moderazione insieme si ottiene più che con la Pena di Morte, con la Pena dei Lavori Pubblici, i quali servono di un esempio continuato, e non di un momentaneo terrore che spesso degenera in compassione [...]; avendo altresì considerato, che una ben diversa Legislazione potesse più convenire alla maggior dolcezza, e docilità dei costumi del presente secolo, e specialmente del popolo con la presente Legge per sempre la Pena di Morte contro qualunque reo, sia presente sia contumace, ed ancorché confesso, e convinto di qualsivoglia Delitto dichiarato Capitale dalle leggi sin qui promulgate, le quali tutti vogliamo in questa parte cessate, ed abolite²³.

La previsione di un diritto penale unico, nel senso di eguale e privo di discriminazioni fondate sull'appartenenza ad una determinata classe sociale ed anche la riduzione delle fattispecie penali, hanno comportato l'eliminazione del delitto di lesa maestà, costituendo una particolare anomalia giuridica nel panorama delle monarchie settecentesche. In una delle relazioni che accompagnano la legge penale, plausibilmente scritta a mano dell'arciduca Pietro Leopoldo, si legge: «Li attentati contro le persone de' Sovrani e suoi ministri sono della sola classe degli altri attentati contro li altri uomini[...] e niente di più. Tutte le altre distinzioni di lesa maestà sono tutte invenzioni dei Governi per profittare sulle confiscazioni e niente più. I Sovrani bensì spesso si rendono rei di Lesa Maestà verso il loro popolo, quando non osservano le condizioni delle costituzioni del loro paese o i patti sociali formati fra loro ed il Popolo[...]». Curioso come l'insegnamento democratico provenga proprio da un monarca, riferendosi sia alla fattispecie penale di lesa maestà divina che umana, la prima non più realizzabile sulla base del superamento della dottrina teocratica, ritenuta un retaggio del passato, la seconda considerata come un'adulazione della tirannia legislativa romana²⁴. Ulteriore novità voluta dal Granduca, fu l'introduzione di una cassa per il risarcimento derivante da errori giudiziari. Il popolo Toscano, volendo omaggiare le gesta dell'arciduca, propose l'erezione di una statua in bronzo. Il Sovrano decise che il contante diretto alla costruzione in suo onore venisse destinato alla realizzazione di opere di pubblica

²³I. Mereu, *La morte come pena*, "cit.", pp. 55-56

²⁴G. Flick, *Dalla Leopolda alla Leopoldina. Un passo indietro o un ritorno al futuro?* in «associazione italiana dei costituzionalisti», MMXV, 2015, pp. 5

utilità²⁵. Caratterizzata indubbiamente da dinamismo, in un contesto settecentesco definito come il centenario d'oro della pena di morte, la legislazione abolizionista del 1786 restò in vigore solo per quattro anni, ottenendo un risultato positivo, tenendo conto che si registrò una riduzione e non un aumento dei reati²⁶. Secondo le statistiche riportate da Rebaudi, in Toscana, in questo ristretto arco temporale, si segnalano la commissione di sei omicidi²⁷.

L'esperienza ebbe vita breve, il granduca fu chiamato al trono imperiale d'Austria e la Toscana fu segnata da importanti instabilità interne dovute all'inflazione e all'insufficienza economica che suscitando il tormento di probabili sviluppi della Rivoluzione francese, determinarono come reazione del granduca la reintroduzione della sanzione capitale nei confronti dei turbatori delle quiete pubblica e per particolari reati politici. Probabilmente la pubblicazione dell'editto avvenne con estremo dispiacere. Si suppone che se il sovrano fosse vissuto più a lungo (morì nel 1792) avrebbe molto probabilmente revocato le modifiche appena il quadro politico lo avesse consentito. A conferma di ciò, a Firenze, durante i tumulti, vennero processate 108 persone; la maggior parte graziata in breve tempo, i 2 primari responsabili furono condannati al carcere a vita mentre gli altri all'esilio. Insomma, non vi furono sentenze capitali, un dato alquanto significativo indice di come la tradizione illuminista toscana fosse denotata da umanità e clemenza, caratteristiche che non compariranno in successive sommosse che avverranno in altre regioni d'Italia²⁸.

In tal contesto storico, caratterizzato da forme di governo monarchico assolutistiche, si colloca perfettamente l'analisi sociopolitica di Michel Foucault, anche se invero la sua ricostruzione è perfettamente trasponibile nella società odierna. Nella sua opera *Surveiller et punir, naissance de la prison* del 1975, cominciando dall'*ancien régime*, si sofferma sul carattere cruento delle esecuzioni e delle torture, fino a giungere alla Rivoluzione francese del 1789, emblema della trasformazione del metodo punitivo. Il cambiamento ha comportato uno «spostamento dal piano della vendetta sovrana a quello della difesa della società dai suoi nemici interni, che avrà un'importanza essenziale per la storia del potere punitivo, (che) ha tuttavia l'effetto di fondare

²⁵I. Mereu, *La morte come Pena*, "cit.", pp. 56

²⁶G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, "cit.", p. 67

²⁷G. Rebaudi, *La pena di morte e gli errori giudiziari*, Roma, 1988, p. 77

²⁸G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, "cit.", p. 68

un'istanza punitiva potenzialmente più temibile del potere di punire del sovrano assoluto. Un'istanza che fa appello all'intera società minacciata dal crimine, dalla presenza al suo interno di nemici comuni e, come tale, non pare incontrare alcun limite nella sua opera di difesa del sistema». La ritorsione di “Sua Maestà” si giustificava con asserzioni divine, poiché il reato «oltre la vittima immediata, attacca il sovrano; l'attacca personalmente perché la legge è la volontà del sovrano» ed è un'«offesa fatta a dio e al re». Il fine dell'atto conclusivo della procedura vendicativa, crudele e pubblica, «è meno di ristabilire un equilibrio, che non di far giocare, fino al suo estremo, la dissimmetria fra il suddito che ha osato violare la legge e l'onnipotente sovrano che fa valere la legge» cosicché «l'esecuzione della pena è fatta per dare non lo spettacolo della misura, ma quello dello squilibrio e dell'eccesso». Nell'ottica foucaultiana, dal 1789, con la trasformazione della “vendetta sovrana” in “difesa della società dai suoi nemici interni”, si configura un nuovo sistema di controllo e di potere. Si tratterebbe di una forma di governo “disciplinare” fondata sul binomio potere-sapere: carceri, manicomi, ospedali e scuole, servirebbero a garantire disciplina e a stabilire i criteri di normalità e devianza. Egli, con specifico riferimento al carcere, ne sostiene la natura discriminatoria in quanto «la lunghezza della pena non deve misurare il valore di scambio dell'infrazione; deve adattarsi alla trasformazione utile del detenuto nel corso della condanna. Non un tempo di misura ma un tempo finalizzato». Questo processo a tempo indeterminato sulla valutazione di utilità del condannato coinciderebbe con un tipo di rivalsa occulta diretta alla modificazione identitaria del reo. Nel 1791 la commissione francese incaricata di redigere il *Code Pénal*, pur ammettendo la pena di morte, si espresse a favore della pena detentiva temporanea (da 12 a 25 anni), descrivendo la condanna a vita, come disumana e degradante, quindi un'agonia peggiore dello stesso supplizio capitale²⁸.

L'Ottocento fu indubbiamente un secolo di cambiamenti strutturali; tuttavia, solo apparenti per quanto concerne la materia penale e processuale. Nonostante il ricorrente appellativo del “nuovo ordine”, gli effetti della restaurazione napoleonica furono evidenti. Il rinnovamento formalmente vi fu: costituzioni e raccolte di leggi sostituirono gli statuti medievali e le ordinanze ma sostanzialmente l'assetto normativo rimase impostato sul modello dell'*Ancien regime*. Il paradigma Napoleonico che sarà emulato dalla maggior parte degli stati continentali – enfatizzando la ragion di stato – etichettò come rivoluzionario il comportamento di chiunque si rivelasse in qualche modo in antitesi con gli ideali governativi.

A riprova di quanto appena detto, quando le code *pénal* fu applicato nel 1810 in Italia – la denominazione formale è *Codice dei delitti e delle pene pel Regno d'Italia* – i vecchi *modus* medievali si combinarono con i nuovi, dando vita ad un sistema repressivo decisamente non mite e che sotto tale prospettiva non aveva nulla da invidiare ai precedenti. Restava la bipartizione tra pene afflittive e infamanti. Nelle prime: la morte, i lavori forzati a vita, la deportazione, i lavori forzati a tempo (art.7). Nelle seconde: la berlina, il bando, la degradazione (art. 8). Successivamente al congresso di Vienna, col germogliare delle legislazioni, le proclamazioni dei finti rinnovamenti penalistici proseguivano. A ben vedere le similitudini dei codici penali emanati erano evidenti, come dimostra la ripresa del consueto patibolo o della ghigliottina. Il Codice penale del 1819, promulgato dal Re delle Due Sicilie Ferdinando di Borbone, agli articoli 5 e 6, cita:

Art.5. La pena di morte non può eseguirsi che in luogo pubblico. Quando la legge non ordina letteralmente che la pena di morte debba essere espiata con laccio sulle forche, esparsi deve colla decapitazione. La pena di morte si esegue con la fucilazione quando la condanna sia fatta da una commissione militare o dai consigli di guerra nei casi stabiliti dallo statuto militare.

Art.6. La legge precisa i casi nei quali la pena di morte si debba espriare con modi speciali di pubblico esempio. I gradi di pubblico esempio sono i seguenti: esecuzione della pena nel luogo del commesso misfatto , o in luogo vicino ; trasporto del condannato nel luogo dell'esecuzione, a piedi nudi, vestito di nero, e con velo nero che gli ricopra il volto...; trasporto del condannato nel luogo della esecuzione, a piedi nudi, vestito di nero, con velo nero che gli ricopra il volto, e trascinato su di una tavola con piccole ruote al di sotto e con cartello in petto in cui sia scritto a lettere cubitali: l'uomo empio.

Qui, come nelle discipline medievali e nel modello napoleonico, si ripresenta una gerarchia della pena capitale. Peculiare la modalità con cui i condannati venivano variamente condotti al patibolo mascherati e vestiti a seconda del grado della loro condanna. Tale macabra pratica non è altro che una replica della ritualità delle condanne al rogo della sacra Inquisizione²⁹. Nel *codice Sabauda* del 1839 la sanzione capitale era prevista per 44 fattispecie³⁰; tra queste, ve ne erano alcune caratterizzate da una lieve offensività del fatto. Oltre all'ipotesi di calunnia e falsificazione di monete, l'art 160,

²⁹I. Mereu, *la morte come pena*, "cit.", pp.121-129

³⁰U. Spirito, *Storia del diritto penale*, Roma, 1934, p. 230-233

inserito nel titolo dei Reati contro il rispetto dovuto alla religione dello stato, citava: «chiunque in disprezzo della Religione, conculca, distrugge o infrange vasi sacri o sacre reliquie od immagini nelle chiese o nei loro vestiboli o nelle sacrestie, ovvero anche fuori di detti luoghi, ma in occasione di sacre pubbliche funzioni religiose è punito colla pena dei lavori forzati a tempo, anche coi lavori forzati a vita secondo le circostanze del casi». L'art 161 recitava: «se l'empietà giunge a tal segno di conculcare le Ostie consacrate, o di commettere su di esse altri simili atti di disprezzo, il colpevole è punito con la morte».

Vent'anni dopo, nel *Codice Albertino* del 1859, si registra una netta diminuzione della pena capitale. Nonostante le fattispecie fossero “solo” 13, lo stampo rimase quello di matrice napoleonica. Immediatamente prima dell'unificazione italiana del 1861, la legislazione penale era frammentata in due; il *Codice penale Sardo* del 1859 che prevedeva l'estensione della pena capitale in tutta la penisola italiana e l'eccezione Toscana con il codice del 1853 che prediligeva una politica criminale optante per la pena detentiva. Con l'unificazione del Regno d'Italia la compresenza delle due raccolte permane, il R.D. 17/2/1861 conferma l'incongruenza legislativa. Se fino al 17 marzo 1861 l'apprensione comune si era rivolta principalmente al problema dell'unità politica, dopo la relativa proclamazione si diresse all'uniformità legislativa. Ad onore del vero, fu proprio il problema della pena di morte a costituire uno dei principali fattori ostativi alla legislazione unitaria. Il dibattito assunse una valenza a 360 gradi, coinvolgendo diverse stratificazioni sociali dell'opinione pubblica. Si moltiplicarono le stampe periodiche – tra le quali si segnalano il *Giornale per l'abolizione della pena di morte*, curato da Pietro Ellero e Francesco Carrara, il *Cesare Beccaria* e la *Biblioteca abolizionista di Lucca* – e si attuarono dei rilevamenti forensi³¹. Tra questi si evidenzia come nel 1869, 4 corti supreme su 5 e 12 collegi di secondo grado su 17 si espressero a favore della pena capitale. Ancora nel 1876, si chiesero delle consulenze alle università giuridiche e agli ordini forensi. I risultati furono tali:

-16 facoltà si espressero per l'abrogazione, 3 per il mantenimento e in 2 vi fu il pareggio;

- tra i professori di diritto penale, 23 si dichiararono contrari alla pena capitale e 3 a favore;

³¹G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, “cit.”, pp. 75 - 80

- tra gli ordini forensi, 84 furono favorevoli alla soppressione, 35 a favore del mantenimento e 3 non si espressero.

Negli anni successivi il dubbio sull'alternativa tra abolizione e conservazione comportò l'arenarsi di diversi disegni di legge. Nella seduta parlamentare della Camera dei deputati del 1865 si discusse il progetto di legge dell'onorevole Mancini, che con una certa dose di perseveranza contribuì significativamente al processo di affermazione del diritto alla vita. La disputa tra abolizionisti e non dilagava con argomentazioni sulla necessità o inutilità della pena in oggetto – divenuta sempre più una strumentalizzazione delle battaglie politiche – e al contempo si presentava nuovamente il problema dell'unificazione legislativa penale. La proposta di Mancini che consisteva nell'estendere l'abolizione della pena capitale al resto d'Italia, oltre la Toscana, non venne approvata dal senato. Qualche anno prima, nel 1860, Carlo Cattaneo nel suo saggio intitolato *Della pena di morte nella futura legislazione* anticipò la proposta estensionista di Mancini sulla base di due considerazioni: la prima si fondava sullo sviluppo e la civilizzazione, la seconda, di carattere empirico, si basava sulla mancata dissuasione della pena nei confronti dei consociati.

A sostegno, ragionando a contrario, riporta l'esempio Toscano, dove tra il 1786 e il 1790 l'abolizione del supplizio capitale comportò, sotto il profilo statistico (come riportato in precedenza), una diminuzione dei reati. Tra i vari progetti di legge naufragati, nel 1876, con l'avvento al governo della sinistra, Pasquale Stanislao Mancini viene nominato Ministro di Grazia e Giustizia e tramite la nomina di un'ulteriore commissione parlamentare – composta da membri di un certo rilievo, senatori come Francesco Carrara e professori di diritto quali Pietro Ellero ed Enrico Pessina – la cui composizione era accomunata da un netto orientamento abolizionista, si procedeva a revisionare il nuovo progetto di Codice Penale con l'intento di emendare le norme sulla pena di morte che malgrado l'attivismo di Mancini sopravvissero all'ennesima legislatura. Bisognerà attendere la storica seduta dell'8 giugno 1888 che con il relativo ordine del giorno e con la sottoscrizione del solito Pasquale Stanislao Mancini comportò il realizzarsi di un fondamentale traguardo di civiltà giuridica. Con votazione quasi unanime delle due camere, l'abolizione ufficiale è databile al 1° gennaio 1890, che sancendo l'entrata in vigore del primo Codice penale unico d'Italia, recante il nome del ministro guardasigilli Zanardelli, eliminò la pena di morte per i reati comuni ma la mantenne nei codici militari e coloniali.

Tale codice, ottenuto dalla Sinistra, era discendente del liberalismo della Destra storica e della riaffermazione di alcuni principi di garanzia di derivazione illuministica, seppur con tracolli autoritari ancora presenti. Il nuovo codice era insito di mutamenti significativi come il ridotto diritto all'esercizio di sciopero, l'introduzione della sospensione condizionale della pena, il divieto di estradizione per reati politici e un concetto di reato collegato al compimento di un fatto oggettivo, conferendogli un carattere materialmente offensivo piuttosto che una mera manifestazione di un atteggiamento soggettivo di disobbedienza o pericolo³². L'impianto sanzionatorio del codice venne accusato sia di eccessiva indulgenza dovuta alla supposta mitezza delle pene, sia di una scarsa considerazione del soggetto attivo, in particolare della carenza di un sistema di misure in grado di considerare la pericolosità sociale del reo. Tale critica, che si riflette nell'incapacità del criminale di gestire il proprio impulso irrazionale, provenne principalmente dagli orientamenti della Scuola Positiva. Di quest'ultima, per ragioni sistematico espositive, mi occuperò nel secondo capitolo³³.

5.- Dal Codice Rocco alla legge costituzionale 1/2007

Tornando all'evoluzione storico-giuridica della pena di morte, è importante capire il contesto politico-culturale degli anni 20. Nel periodo antecedente alla reintroduzione della pena capitale, il congegno propagandistico fascista ottenne la graduale adesione di massa, ponendo basi antitetiche ad uno stato di diritto. Fu quindi un fenomeno tutt'altro che inatteso. Alfredo Rocco svolse un ruolo centrale nel processo di assestamento del regime autoritario fascista. La sua complessa personalità finì per influenzare non poco le scelte di politica criminale del regime. Fin dal momento in cui si discuteva dell'ingresso dell'Italia nella Prima guerra mondiale, il futuro Guardasigilli dimostrò di avere una visione condivisa di uno Stato forte, di una lotta contro la democrazia e di una forte enfasi imperialista. Insieme a Francesco Coppola, Rocco fonda una rivista politica e redige un manifesto nel dicembre 1919. La guerra è stata trattata come uno scontro tra imperialismi e ideologie opposte e la democrazia e i Paesi che la sostengono come antagonisti da sconfiggere. Il compito politico sarebbe quello di creare nelle masse uno

³²G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, "cit.", pp. 75 - 82

³³S. Musio, *L'elaborazione del Codice Rocco tra principi autoritari e 'continuità istituzionale'*, in «ADIR – L'altro diritto», 1999, pp. 3-4

stato di coscienza e di cultura contrario a quello promosso dall'ideologia della democrazia liberale, fondato sulla disciplina della disuguaglianza, caratterizzato all'interno da gerarchia e organizzazione e all'esterno da libera competizione etnica. In questo modo il modello nazionalista dello Stato è diventato pacifico all'interno grazie al rifiuto della lotta di classe e di saldi principi di ordine e, all'esterno, grazie all'acquisizione dello spazio necessario per espandere lo Stato.

Il graduale ottenimento dell'adesione di massa, non si presentò come un fenomeno estemporaneo. Il caposaldo del manifesto si concentrava su una concezione di libertà intesa non come diritto individuale, ma come un bene concesso dallo Stato, e il potere di limitarla o abolirla spetta sempre a quest'ultimo³⁴. Rocco, descrivendo la pena di morte come la più perfetta tra le pene, giustifica così l'ordinarietà di tale strumento:

La guerra è infatti l'esempio più grandioso di sacrificio della vita degli individui ad un fine più alto, alle necessità storiche ed immanenti dello Stato e della Nazione. Ora, se questo sacrificio totale della vita si impone a uomini che nulla hanno da rimproverarsi, a cittadini esemplari, perché lo stesso sacrificio non potrà imporsi ai delinquenti, i quali certo non meritano la stessa pietà e la stessa considerazione, per le necessità sociali della intimidazione e dell'eliminazione? se è assunto al valore di mezzo il soldato perché non potrà esserlo il reo? Io credo pertanto che questo problema della pena di morte non sia, come molti credono, esaurito, ma sia una questione ancora aperta che debba, con la dovuta ponderazione, discutersi e risolversi nella preparazione del nuovo codice.

Nella votazione del disegno di legge del 17 dicembre 1925, proposto dal Ministro della Giustizia Rocco, il risultato fu il seguente: tra i presenti non vi furono astenuti, 334 furono favorevoli, 8 contrari. Divenuta legge eccezionale n.2008 del 25 novembre 1926, la pena capitale venne nuovamente introdotta «nei casi di attentato alla vita del Duce, per i delitti contro la vita, l'integrità e la libertà personale del Re o del Capo del governo, nonché per alcuni delitti contro la sicurezza dello Stato»³⁵.

Sulla stessa linea mantenitrice, il Codice Rocco del 1930, tuttora in vigore anche se ampiamente rimaneggiato, in coerenza con l'impianto marcatamente repressivo, oltre a privilegiare la tutela della "sicurezza" – termine volutamente caratterizzato da un soggettivismo inquisitorio riferibile alla previsione codicistica della pubblica incolumità e della personalità interna ed internazionale dello stato – estendeva la pena di morte ai delitti comuni di una certa gravità come l'omicidio aggravato previsto dall'art 576 c.p.

³⁴G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte*, "cit.", pp. 93 - 94

³⁵R. Canosa, *La pena di morte in Italia: una rassegna storica*, in «Rivista Critica del Diritto», MCMLXXXII, 1982, pp. 33- 35

La pena di morte si applicava anche a determinati reati contro la sicurezza pubblica, come stragi, epidemie, contaminazione di acqua o cibo e traffico di acqua o sostanze adulterate, in caso di morte di due più persone. Infine, esistevano una serie di altri crimini politici punibili con la morte a causa dell'esistenza di circostanze aggravanti. Ad esempio, il reato di "partecipazione del cittadino alla guerra contro lo Stato", per l'aggravante di aver trasgredito ad un ordine superiore. Il metodo di esecuzione prescritto era l'esecuzione a porte chiuse da parte di ufficiali appartenenti a plotoni o unità simili delle forze armate. "La scala di gravità dei delitti capitali" prevedeva ultronee fattispecie collegate al concorso di reati e/o al cumulo di pene³⁶.

Nell'immediato dopoguerra, con il d. lgs. del 10 agosto 1944 n. 224, la pena di morte venne abrogata dal Codice penale e mantenuta per i delitti di stampo fascista e di collaborazionismo (DDL 27 luglio 1944 n.159) come per i delitti previsti dal Codice penale militare; gli artt. 22, c. 1, n. 1, e 25 del Codice penale militare di pace, prevedevano due tipi di pena capitale: per degradazione e per fucilazione. La prima si applicava qualora la reputazione fosse segnata dal compimento del reato, avendo creato un disonore tale che l'esecuzione si sarebbe eseguita sparando alle spalle, in modo che il colpevole, respinto dai ranghi della milizia, apparisse come un codardo che fugge davanti al nemico. Se invece il reo, pur meritevole di morte, non si fosse contrassegnato per grave disonore, la pena capitale veniva eseguita con un colpo al petto, in modo che perisca come si perisce in combattimento contro il nemico. L'articolo 9 del Codice penale militare di guerra stabiliva che le truppe che si recavano all'estero per operazioni militari sarebbero state soggette alle norme in esso previste anche in tempo di pace. All'apparenza, l'insistenza sull'utilizzo della pena capitale come reazione ai comportamenti puniti dalla legge citata, sembrava essere un caso del tutto eccezionale e limitato allo scoppio di uno scontro bellico, immaginato analogamente alle precedenti guerre mondiali. Tale *escamotage* (utilizzato anche per ulteriori fattispecie previste

³⁶L'art 576 c.p. puniva con la morte i casi in cui l'omicidio fosse stato commesso con il concorso di talune delle circostanze indicate dal numero 2 dell'art 61: 1) l'aver commesso il reato per eseguirne o occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé od altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di un altro reato; 2) contro l'ascendente o il discendente, quando concorre taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'art. 61 o quando è adoperato un mezzo venefico o insidioso ovvero quando vi è premeditazione; 3) dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza; 4) dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione; 5) nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti dagli art. 519, 520 e 521 c.p., ossia: violenza carnale; congiunzione violenta con abuso della qualità di pubblico ufficiale; atti di libidine violenta. L. Goisis, Trattato di diritto e bioetica, Napoli, cap. XXXII, 2017, pp. 772- 773

dall'ordinamento) era inevitabilmente considerato in contrasto con la natura di queste missioni, spesso non dovute da un pericolo reale e attuale per la sicurezza interna, tale da giustificare pene più severe per i corpi militari coinvolti in queste operazioni. Lo stratagemma legislativo era evidente.

Nemmeno l'entrata in vigore della Costituzione – 1° gennaio 1948 – ha consentito l'abrogazione assoluta. Il comma 4° dell'art 27 della Carta costituzionale, pur vietando la pena di morte, conservava la clausola derogatoria per i reati previsti dal Codice penale militare di guerra, ampliando, con il d. lgs. 22 gennaio 1948 n. 21, l'abrogazione anche alle leggi speciali. Con la legge n. 589 del 13 ottobre 1994 il legislatore ordinario ha infine soppresso la pena di morte dal Codice penale militare di guerra. L'articolo 1 stabiliva che «per i delitti previsti dal Codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra la pena di morte è abolita ed è sostituita dalla pena massima prevista dal Codice penale». Questo articolo è chiaramente mal redatto e lamenta un'inerzia legislativa che, di fronte ad una tematica decisamente non secondaria, non è in grado di adempiere correttamente al sentito bisogno di certezza del diritto. La prima preoccupazione nasce dall'ultima disposizione relativa alla surrogazione della pena di morte con «la pena massima prevista dal Codice penale». La flessibilità di questa proposta, preferita al riferimento temporale all'ergastolo, dovrà senza dubbio essere valutata nel momento in cui il legislatore prenderà in considerazione la possibilità che altre pene (eventualmente temporanee) sostituiscano l'ergastolo in futuro. Tuttavia, questa sostituzione ha comportato una riduzione uniforme delle due pene precedenti – morte degradante e fucilazione al petto – senza tenere conto della gravità del reato a cui si applicavano, equiparando ingiustamente reati con differenti capacità offensive che in precedenza non erano accidentalmente sottoposti a pene diverse. Al comma secondo era sancita l'abrogazione dell'articolo 241. In base a questo articolo, nel caso di alcuni reati commessi in flagranza e a bordo di una nave da guerra o di un aereo da guerra tali da mettere in pericolo la sicurezza della nave o dell'aereo o la capacità militare, il comandante era competente ad autorizzare o permettere l'uso immediato delle armi contro persone evidentemente colpevoli. Possono sorgere concreti dubbi sulla lucidità di giudizio dei comandanti di veicoli o corpi militari che, oltre a trovarsi nel mezzo di una situazione bellica (con gli effetti che questa comporta), erano ulteriormente aggravati dalla gestione dello «stato di pericolo imminente» derivante dai reati commessi.

Ma ci si chiede, in particolare, come possa perdurare all'avvento del (novello) diritto costituzionale e alle garanzie che esso dovrebbe comportare, una norma che lascia l'esecuzione dei presunti innocenti alla discrezionalità di un organo amministrativo vincolato ad un mero obbligo informativo e persino plurimo, di riferire ai propri superiori. Si attuava così, la compromissione di alcuni principi costituzionali inerenti alle fondamentali garanzie del processo penale: i colpevoli venivano privati del loro inalienabile diritto di difesa ai sensi dell'articolo 24, c. 2; si derogava sistematicamente al giudice stabilito ai sensi dell'articolo 25, c. 1, che presumeva e presume l'accertamento della colpevolezza prima della condanna ai sensi dell'articolo 27, c. 2. Infine, ulteriore contrasto costituzionale si ravvisava con riferimento all'art 27, c. 3., sia con riguardo alla funzione rieducativa della pena, sia ai trattamenti contrari al senso di umanità³⁷. Sottolineo il rango ordinario della legge abrogativa n. 589 del 13 ottobre 1994, inidonea a consentire stabilità al risultato raggiunto, in quanto residuava la facoltà del legislatore di reintrodurre la sanzione capitale nei casi previsti dalle leggi militari di guerra. L'approdo si raggiunse nel 2007 con la modifica della Costituzione tramite apposita legge costituzionale del 2 ottobre, che soppresse definitivamente l'eccezione dell'art 27 comma 4. L'odierna formulazione dell'art 27 della Costituzione italiana, oltre a sancire (quantomeno formalmente) alcune garanzie fondamentali dell'individuo nel processo penale, come il principio di personalità della responsabilità penale, la presunzione d'innocenza, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, la funzione rieducativa della pena, al comma 4° vieta espressamente la pena di morte, il cui cammino, come visto, è stato lungo e travagliato.

È vero che con l'affermazione costituzionale del diritto alla vita si raggiunse un fondamentale traguardo di civiltà giuridica ma la pena che la sostituì, ovvero la detenzione perpetua, tutt'oggi ancora in vigore nel codice Rocco, non può certo considerarsi costituzionalmente compatibile né con la funzione risocializzante della pena né con il principio di uguaglianza.

In *primis* per la sua natura intrinseca connotata all'eterno, la privazione della libertà a vita comporta l'alienazione di qualsivoglia speranza dell'ergastolano che perde ogni stimolo finalizzato a raggiungere obiettivi di libertà prioritariamente negati. Oltre a provocare un'indubbia sofferenza psichica pare incompatibile con la finalità educativa/riabilitativa e, anzi, spesso comporta una recrudescenza di comportamenti

³⁷L. Pasculli, *Rieducazione e pena militare*, Padova, Prima Parte, 2006, pp.154-160

violenti e antisociali che, nei confronti di questa tipologia di condannati, non trovano sanzioni dissuasive effettivamente efficaci. Gli articoli 32 e 36 dell'attuale Codice penale comportano rispettivamente la *capitis deminutio*, ovvero la perdita della responsabilità genitoriale e la sanzione disonorante della pubblicità della sentenza di condanna.

Destano preoccupazione i profili di illegittimità costituzionale con gli art. 3 e 27 della Costituzione. La dizione «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale[...]» si riduce ad una formula vuota, violando il principio di uguaglianza sostanziale. L'inciso sulla funzione rieducativa della pena, nell'accezione di reinserimento sociale, è un'evidente contraddizione con il carattere permanente della pena. I paralogismi della Cassazione e della corte Costituzionale, volti ad aggirare la natura perpetua del carcere a vita, negando l'essenza sempiterna sulla base di alcuni istituti, quali grazia e liberazione condizionale che se applicati la renderebbero non-perpetua, comportano una disparità di trattamento in quanto le condizioni di ammissione alla liberazione condizionale e ai vantaggi disciplinati dalla legge Gozzini sono connotati non solo da ampi margini di discrezionalità ma persino dalla benevolenza o meno dei magistrati di sorveglianza. Tale discriminazione, dovuta all'applicazione di norme soggettivamente elastiche, viola a sua volta un'ulteriore fondamentale garanzia del sistema penale moderno, ovvero il principio di stretta legalità delle pene. L'ergastolo si ravvisa incompatibile anche con il principio di proporzionalità, alla luce del quale la sanzione applicata deve rapportarsi con la gravità della condotta³⁸.

³⁸L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista*, Napoli, Parte Quarta, 2016², pp. 188-195

CAPITOLO SECONDO

PENA CAPITALE E SOCIETA'

1.- La concezione retributiva e preventiva

Il favore per il pensiero patibolare comprende le riflessioni di alcuni grandi filosofi che sono nettamente inclini a tale soluzione punitiva. Per citarne alcuni: Platone, Aristotele, Kant, Croce, Sant'Agostino, San Tommaso, Calvino, Lutero, Moro, Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Filangeri, Hegel, Romagnosi, Carmignani, Bettiol, Carnelutti. In uno dei grandi classici, le Leggi di Platone, l'autore riferisce che «la pena deve avere lo scopo di rendere migliore» con la precisazione che «se si dimostra che il delinquente è incurabile, la morte sarà per lui il minore dei mali». Le concezioni tradizionali sono due: retributiva e preventiva. Nella prima, detta anche assoluta, il concetto di giustizia si basa su un rapporto di corrispondenza tra il male provocato e il male che deve essere ricevuto (“render male per male”). In tal prospettiva la pena ha il fine in sé stessa, perché non perseguendo alcuno scopo e punendo *quia peccatum est*, coincide perfettamente con la vendetta e compensa la colpevolezza del reo: *malum passionis quod infligitur*¹. Nella *Metafisica dei costumi*, Kant scrisse: «Anche quando la società civile si dissolvesse con il consenso di tutti i suoi membri [...] l'ultimo assassino che si trovasse ancora in prigione dovrebbe prima venire giustiziato affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione». Trattasi di un estratto rappresentativo della concezione retributiva di ascendenza Kantiana, ancorata alla legge morale di riferimento. Quest'ultima, formale, incondizionata e categorica, ha una funzione regolativa della ragione, idonea a far prevalere l'intenzione, discernendo da questa l'azione, e non viceversa.

Rappresenta la più antica teoria moderna sulla funzione della pena che si colloca su un livello di giustizia meta-etico, al di là di quello prettamente giuridico, dove il male provocato dal crimine viene espiato da un altro male costituito dalla punizione². E ancora Kant: la pena «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,

¹L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista*, “cit.”, pp. 196-197

²G. Palermo, *Pena e vendetta*, “cit.”, pp. 24-25

ma deve essergli inflitta soltanto *perché egli ha commesso un crimine*». Ragioni diverse, a sua visione, ridurrebbero l'individuo a semplice mezzo: «La legge penale è un imperativo categorico [cioè incondizionato, non subordinato a nessun fine a essa esterno] e guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi qualche vantaggio». Per coloro che trovassero disumana la pena capitale, Kant controbatterebbe che è proprio l'opposto: tra la sanzione capitale e i lavori forzati, «l'uomo d'onore preferirebbe la morte». È proprio l'intento di trattare l'essere umano secondo il suo «io» e il suo libero arbitrio, che esige un trattamento secondo giustizia. Quest'ultima sembrerebbe coincidere con la «giusta espiazione» e, quindi, «se egli ha ucciso deve morire»³. Secondo Kant «Soltanto con la legge del taglione (*ius talionis*) – ma, ben inteso, solo davanti alla sbarra del tribunale (non del tuo giudizio privato) – può determinarsi con precisione la qualità e la quantità della punizione. Tutti gli altri principi sono oscillanti e non possono, per le considerazioni estranee che vi si mescolano, accordarsi con la sentenza della pura e stretta giustizia». Il filosofo tedesco rinviene in tal criterio un'imprescindibile esigenza di garanzia. Le reazioni sociali e penali devono essere commisurate al reato. Pertanto, non si tratta di una vendetta senza limiti, ma di una reazione che deve essere materialmente speculare all'aggressione ricevuta.

Tale «corrispettività», oggi, è stata sostituita da una relazione tra la proporzione e la congruenza della reazione al reato. «Così spiritualizzata, la regola del taglione – osserva Pulitanò – è il germe della concezione retributiva della pena, nella riflessione etico-filosofica e religiosa, prima ancora che giuridica. Di fronte all'offesa, reazione giusta è quella che infligge all'offensore una punizione proporzionata all'offesa che egli ha provocato». Giuseppe Bettiol, che sostiene la natura retributiva della pena ed è avverso nei confronti della finalità rieducativa, fa derivare il suo vigore dalla circostanza che la pena «trae la sua forza etica e la sua giustificazione dal fatto di essere espressione di quell'esigenza naturale viva nel cuore di ogni uomo e operante in tutti i settori della vita morale, per la quale al bene deve seguire bene e al male deve seguire male[...]della prevenzione generale la concezione retributiva della pena non si occupa direttamente. La prevenzione generale potrà risultare una conseguenza del modo di essere della pena; ma non un fine, o il fine principale, della pena retributiva»⁴.

³M. Adinolfi, *Kant e la pena di morte*, in «Left Wing», 2005, pp. 1-2

⁴G. Palermo, *Pena e vendetta*, «cit.», p. 25

La concezione preventiva, detta anche relativa, si fonda su argomenti di tipo utilitaristico. Lo scopo della pena consiste nell'intimidazione tramite la minaccia di male che l'ordinamento tutela come reazione ad un comportamento pericoloso o dannoso. In quest'ottica l'utilità della pena di morte si basa sul dissuadere i consociati dalla commissione di ulteriori reati. Punendo non "*quia peccatum est*" ma "*ne peccetur*" l'effetto dissuasivo sarebbe sia generale che speciale. La tipologia di effetto dissuasivo auspicata è variabile a seconda dell'impostazione preventiva adottata dalle singole dottrine penalistiche, non sempre omogenee. In *primis* si usa distinguere tra prevenzione generale negativa e prevenzione generale positiva. La prevenzione general-negativa riguarderebbe i consociati che, minacciati dalla pena capitale – dalla sua previsione astratta o dalla sua concreta inflizione – si asterebbero dal compimento del comportamento anti-giuridico. La prevenzione general-positiva rafforzerebbe la legittimità del comportamento dei non-trasgressori rispetto alla conformità della loro condotta ai valori sociali. La prevenzione special-negativa consisterebbe nell'eliminazione/neutralizzazione del reo. Per scongiurare il pericolo di recidiva, e punire il colpevole, si procede con un processo di rifiuto risolutivo del fattore criminalità, trattando l'individuo come infetto, neutralizzandolo temporaneamente o definitivamente. La prevenzione special-positiva concentra l'attenzione sul reo e sulla finalità rieducativa della pena, quest'ultima intesa in un'accezione risocializzante⁵.

2.- Il paradigma classico e neoclassico

Come accennato nel primo capitolo, in Italia, intorno alla seconda metà del diciottesimo secolo, origina e fiorisce la Scuola Classica. Certamente antecedente ai natali della sociologia, focalizza l'attenzione sul crimine rispetto all'individuo, accrescendo le proprie riflessioni grazie alla disciplina filosofica e giuridica. Essa, seppur non sorse come una teoria criminologica in senso stretto, influenzò significativamente sul sistema della giustizia penale e trovò ospitalità tra coloro che successivamente si sarebbero occupati di criminologia. Sorse in un contesto di progressiva affermazione del capitalismo mercantile, parallelamente all'emersione della borghesia e all'affievolimento dell'aristocrazia⁶. I suoi principali esponenti, Beccaria,

⁵I.F. Cortes, M.L. Tasso, a cura di, *Carcere Risocializzazione Diritti*, Giappichelli, Torino, 2006, Parte Prima, p. 23

⁶F. Prina, *Devianza e criminalità*, Roma, Parte Terza, 2019, pp. 122-123

Bentham, Rousseau e Carrara ereditarono i concetti intellettuali dalla corrente naturalistica ed illuministica.

Le teorie di questi autori sono accomunate da un substrato comune ma non si possono configurare come omogenee, considerato che l'orientamento individuale di tali teorizzatori e promotori dei valori della Scuola Classica, sulla tematica dell'opportunità della pena di morte, aveva pensieri ed esiti differenti. Tale scuola, propugnò una concezione umanistica e razionalistica del sistema penale, in cui all'edonismo, concepito come intrinseco alla razionalità umana, si attribuiva la capacità individuale di ponderare l'entità del piacere derivante dalla violazione, con il grado di sofferenza conseguente alla sua pena. Per Bentham e Beccaria, l'essere umano, munito del libero arbitrio, si troverebbe nella condizione di autodeterminarsi e, la pena, non sarebbe altro che un male necessario, idoneo a prevenirne uno maggiore. La deterrenza, con le sue componenti della celerità, certezza e severità, costituirebbe la giustificazione primaria della pena⁷. A Jeremy Bentham si attribuisce la modificazione dell'utilitarismo in un'autentica dottrina di epoca moderna. Il suo punto focale consiste nella corrispondenza tra la morale e la ricerca della massima felicità possibile per il maggior numero di persone. A sua visione, l'azione umana sarebbe destinata alla ricerca del piacere e alla fuga dal dolore, distinguendo nettamente l'utile dal piacere. L'utile, infatti, sarebbe tutto ciò che propende ad accrescere la somma totale del benessere. Pur non essendo mai stato un fervido sostenitore della pena di morte, a essa, nel corso della sua vita, non è sempre stato dichiaratamente contrario. La sua posizione, dagli anni Settanta del XVIII secolo sino agli anni Trenta del XIX secolo, ebbe una graduale evoluzione verso l'abolizionismo. Per alcuni aspetti essenziali del suo ragionamento, riporto la lettura di alcuni passaggi della sua opera *Dello scopo delle pene*:

A seguito del verificarsi di un'azione dannosa, o di un delitto, due preoccupazioni debbono presentarsi allo spirito del legislatore e del magistrato: l'una di prevenire il ripetersi di delitti simili, l'altra di riparare, per quanto possibile, il male del delitto che si è verificato. [...] La difesa generale è lo scopo principale delle pene; è la loro ragione giustificativa. [...] La pena, mezzo vile in sé stesso, che ripugna ad ogni sentimento di generosità, si eleva al primo dei servizi pubblici quando la si intende [...] come un sacrificio indispensabile per la salvezza di tutti. [...] Dopo aver provveduto alla prevenzione di futuri delitti, rimane al magistrato il compito di riparare nei limiti del possibile il delitto compiuto accordando alla parte lesa una soddisfazione, cioè un equivalente in bene per il male sofferto. [...] Ci sono delle pene

⁷C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1999, pp. 63-73

che hanno il doppio effetto, di fornire un risarcimento alla parte lesa, e allo stesso tempo di infliggere al colpevole una sofferenza proporzionale.

La funzione general-preventiva della pena realizzerebbe, quindi, la tutela della sicurezza sociale attraverso un calcolo razionale e graduale della sanzione. Prima di diventare abolizionista *tout court*, l'autore, si esprimeva a favore della pratica capitale fondando la sua argomentazione sul carattere dell'esemplarità e dell'eccessività del suo rigore, in quanto «non fa altro che dare una risposta rapida a una esistenza [...] del tutto privata di valore reale». Nel mutare del suo pensiero le argomentazioni contrarie s'incentravano sull'incontrovertibilità della pena di morte in profitto e di conseguenza sulla sua non remissibilità come sull'inefficacia della deterrenza verso i trasgressori più violenti. Inoltre, evidenziava il rischio, proveniente dalla eventuale comminazione di tale sanzione, che la giuria, tollerante e indulgente per ragioni umanitarie, infrangesse la legge, condizionando in tal modo i consociati con la propagazione del messaggio che la legge possa essere sovvertibile⁸.

Nell'indimenticabile opera *Dei delitti e delle pene* è evidente il persistente intento di Cesare Beccaria di conciliare la logica della difesa sociale con una rigorosa logica umanitaria. Ciò avviene attraverso la delineazione di importanti riforme in chiave general-preventiva rispetto alle pratiche sociali dell'epoca. Questo progetto innovativo si basa su una concezione utilitaristica dell'individuo e della sua ragione di essere nella società. L'argomentazione di Beccaria contro la pena di morte si basa da un lato – in totale sintonia con la costruzione ideologica contrattualistica della scuola classica – sull'assioma del patto sociale e, dall'altro, attraverso un criterio utilitaristico, sulla minor efficacia preventiva della pena di morte rispetto all'ergastolo. La famosa formula utilitaristica contenuta nei *Dei delitti e delle pene*: «la massima felicità divisa sul maggior numero di consociati» rappresenterebbe l'obiettivo essenziale di ogni attività sociale, costituendo il principio guida di ogni legislazione. Dal concetto utilitaristico costruito sul benessere sociale e dal concetto di contratto sociale come presupposto per la realizzazione del primo, si sarebbe edificato il diritto penale e la sua dimensione sanzionatoria. Per Beccaria il contratto sociale rappresenta la volontà di ciascun

⁸J. Bentham, *Théorie Des Peines et Des Récompenses*, Chez Bossange et Masson, libraires, rue de Tournon, n° 6; Même maison, No 14, Great Marlborough-Street; [Cet ouvrage se trouve aussi chez Rey et Gravier, libraires, quai des Augustins], Parigi e Londra, 1818, pp. 286-307

individuo di proteggere i propri interessi. «Fu, dunque, la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà. Egli, pertanto, è certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella che sola basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire». Se la prospettiva iniziale è quella della massima utilità sociale e della salvaguardia dei diritti dei singoli, per Beccaria il fine della pena non può che essere quello di «impedire al colpevole di causare ulteriori danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»⁹. E poiché anche il reo ha una personalità che deve essere riconosciuta e rispettata, la pena dovrebbe essere il più indulgente possibile, nella misura strettamente necessaria per raggiungere l'obiettivo del beneficio sociale. Dopo aver comprovato la colpevolezza dell'autore, la pena deve essere configurata in modo che il "danno" causato all'imputato superi la potenziale utilità derivante dal reato.

Una pena eccessiva è considerata ingiusta. Beccaria intendeva per "giusto" «null'altro che il vincolo necessario per tenere uniti gli interessi particolari che senza di esso si scioglierebbe nell'antico stato d'insociabilità. Tutte le persone che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste per loro natura». L'unico metodo utilizzabile per determinare l'illegittimità della condotta è tramite la valutazione del "danno sociale". Altri criteri, come l'intenzione del reo o la gravità del comportamento, non avrebbero alcun fondamento perché l'animo del reo sarebbe inaccessibile e non misurabile. Beccaria criticò fortemente anche l'interpretazione della legge, l'imprecisione delle norme e le sistematiche ingiustizie commesse nei confronti dei cittadini che sono la causa dell'incertezza nell'applicazione delle pene. Per il filosofo illuminista milanese, sanzioni efficaci ed umane sono il prodotto di una legislazione volta a razionalizzare e mitigare le pratiche criminali e dell'attività dei giudici, che applicano quasi meccanicamente le disposizioni della legge. In questo senso, Beccaria, condivideva con molti illuministi una concezione sillogistica della pena, considerando i giudici come semplici "bocche della verità" e negando la loro centralità. Pertanto, riteneva che la legge debba essere enunciata in forma molto chiara, senza lasciare spazio all'interpretazione soggettiva, all'opinione o alla passione del giudice¹⁰.

⁹M.P. Di Blasio, *La forza dirompente de Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, in «Cammino Diritto», MMXV, fasc. 09, pp. 12-15

¹⁰*Ivi*, p.15

Passiamo ora all'argomentazione di Beccaria – la più interessante ai fini del presente lavoro – che è quella alla base della posizione abolizionista. La combinazione di motivazioni razionalistiche, umanitaristiche e utilitaristiche caratterizza la riflessione sull'opportunità di abolire la pena capitale. Beccaria comincia chiedendosi se la pena capitale sia «veramente utile e giusta» e cerca ragioni plausibili per il diritto di condannare a morte i suoi cittadini. Egli sostiene quindi l'invalidità della pena di morte sulla base del fatto che il bene più grande, la vita, sia indisponibile e utilizza il patto sociale come fondamento del diritto penale. La sovranità e le leggi «non sono che una somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno; esse rappresentano la volontà generale che è l'aggregato delle particolari. Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo?». La pena di morte non è in alcun modo un diritto, costituisce una «guerra della nazione contro un cittadino, perché giudica necessaria o utile la distruzione del suo essere»¹¹. Il suo utilizzo eccezionale sarebbe consentito solo in due casi: «quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita». Le due eccezioni, ovviamente, andrebbero minuziosamente valutate, per evitare la morte di un innocente. Tali assunti edificano gran parte della riflessione abolizionistica, connotata dal vaglio sulla funzione general-preventiva della pena capitale, nel quale la sua inconvenienza, è perorata dall'argomento della mancanza dell'effetto dissuasivo di tal pena, che lo porta a definirla come inefficace e inutile, poiché «[...]l'ultimo supplizio non ha mai distolti gli uomini determinati dall'offendere la società». L'efficacia della pena sarebbe determinata sia dalla celerità della sua comminazione – riducendo così l'incertezza – sia dalla sua estensione, e non dalla sua severità. Al riguardo: «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, che è il freno più forte contro i delitti». Delinea argutamente l'alternativa del lavoro forzato come maggiormente confacente alle esigenze utilitaristiche-contrattualistiche.

Innanzi all'abuso incondizionato della sanzione capitale, cercò di diffondere il pensiero che la pena di morte – inutile e inumana – non fosse affatto insostituibile, forse strumentalizzando e acuendo le circostanze del carcere perpetuo, al fine di affermare e

¹¹*Ivi*, pp. 17-18

far circolare nei tempi, il principio dell'indisponibilità della vita umana¹². Ritengo che l'argomentazione filosofica sull'origine contrattuale del complesso giuridico sia idonea a dimostrare l'incompatibilità della pena di morte con il patto di convivenza, inteso come figura retorica della moderna democrazia costituzionale. Thomas Hobbes, l'ideatore dei diritti fondamentali, affermò che «viene creato quell'enorme Leviatano, chiamato Stato, che non è altro che un uomo artificiale, anche se dotato di una statura e di una forza più grandi rispetto a quello naturale, per difendere e proteggere il quale è stato ideato». Egli non fu affatto contrario alla pena capitale, ma dal suo costrutto, Beccaria teorizzò ciò che lui non fece, ovvero, che siccome la tutela della vita costituisce la ragione essenziale della civiltà, lo Stato, comminando legalmente la morte, rinnegherebbe sé stesso. Al proposito disse: «Parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettono uno esse medesime, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio». Dalla concezione retributiva kantiana e dall'inerente regola della persona intesa come fine e non come mezzo, utilizzata come argomentazione anti-utilitaristica, Beccaria trae con grande razionalità conclusioni diametralmente opposte. «Insomma, nessuna utilità sociale può giustificare la soppressione di una persona, in forza della massima Kantiana secondo cui nessuna persona può essere trattata come mezzo per fini non suoi»¹³.

Il paradigma neoclassico, elaborato all'interno «della società post moderna» intorno al 1980 da sociologi e criminologi, sposta il pendolo verso la responsabilità individuale di coloro che, ritenuti attori sociali unicamente responsabili delle proprie scelte, agirebbero razionalmente verso i propri interessi approfittandosi di circostanze convenienti per la commissione del crimine, come la vulnerabilità della vittima e l'inesistenza di consoni strumenti di controllo. La tematica della scelta razionale s'inserisce all'interno delle teorie dell'azione», focalizzate a loro volta sull'agire dell'individuo e non sulle strutture ed i condizionamenti sociali. Tra queste segnalo gli autori di maggior fama, tra cui: Gary Becker, Cornish e Clarke, Cohen e Felson, Hindelang, Gottfredson e Garofano. La diversità dal paradigma neoclassico rispetto a quello dell'epoca illuminista consiste in *primis* nell'elaborazione di tal modello ad opera di sociologi e non filosofi, ed in *secundis* nella concezione soggettiva e non oggettiva

¹² Ivi, pp. 18-21

¹³ L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista*, "cit.", pp. 200-206

del comportamento deviante, rivolto al raggiungimento di uno scopo prefissato ma in modo variamente «situazionale», in base alle proprie preferenze comportamentali¹⁴.

Terminando con le implicazioni politiche discernenti dall'applicazione del paradigma neoclassico, è possibile argomentare come tale assunzione ad opera dei legislatori americani ed europei sia «un approccio molto vicino all'opinione pubblica», che concentrandosi sui reati strumentali e sulla microcriminalità consente di far leva sulla paura, il disdegno e l'allarmismo provocato dal crimine per sanzionarne il responsabile¹⁵. Il riscontro politico penale combina «la funzione retributiva della pena e della prevenzione situazionale in un'ottica di tolleranza zero». La funzione, dettata in gran parte da un'esigenza di minor dispendio possibile dei costi inerenti al trattamento delle cause del soggetto deviante, consiste nella riduzione del presentimento dell'impunità del crimine da parte del potenziale trasgressore, tramite misure preventivo modificative e strutturali degli spazi in cui le condotte criminali possono aver luogo, come la predisposizione di polizie di prossimità, zone di sorveglianza digitalizzata, responsabilizzazione e informazione dei cittadini. Tale «visibilità delle misure (ancorché non sempre nei risultati)», abbinata alla funzione retributiva della pena, determina la protezione della società da coloro che intraprendono spontaneamente la condotta penale rilevante e, in quanto presunti razionali, si puniscono con la sanzione dell'isolamento (temporaneo o perpetuo) o della condanna a morte, allontanandosi così dalla funzione risocializzante della pena¹⁶.

3.- Il paradigma positivista e neopositivista

Nella seconda metà dell'Ottocento, in Italia, con la progressiva affermazione del capitalismo industriale e della scienza positiva fondata sulla metodologia induttiva, si permea la scienza sociologica e al contempo si delinea la Scuola Positiva. Le sue argomentazioni, fondate sulla predisposizione naturale delle cause devianti e sulla presa di consapevolezza dell'impossibilità di spiegare determinati comportamenti con l'assunto del libero arbitrio, sono tali da far vacillare l'affidabilità delle motivazioni addotte dalla Scuola classica. Tra i principali esponenti della Scuola Positiva, costituita principalmente da medici, matematici e giuristi, è doveroso riferirsi a Cesare Lombroso,

¹⁴F. Prina, *Devianza e criminalità*, "cit.", pp. 171-175

¹⁵*Ivi*, pp. 211-212

¹⁶*Ivi*, pp. 252-253

Raffele Garofalo ed Enrico Ferri. Il postulato essenziale di questi autori collega il comportamento deviante al condizionamento di componenti biologiche, caratteristiche ereditarie e anormalità psichiche¹⁷. Lombroso, con la pubblicazione nel 1876 dell'opera *l'uomo delinquente*, oltre a fornire un immenso contributo all'antropologia criminale, argomentava a favore dell'«estrema selezione, dolorosa ma certa» della sanzione capitale, recependo le teorie evoluzionistiche e “adattive” di Charles Darwin ed Herbert Spencer: «La pena di morte è scritta, pur troppo, nel libro della natura ed anche in quello della storia». Nella quinta edizione dell'opera si rinviene con completezza l'esposizione della sua teoria: elaborò il concetto di “delinquente nato”, consistente nella figura dell'individuo le cui sembianze fisiche rappresentano la manifestazione di un “atavismo”, per il quale è possibile riscontrare nei criminali caratteristiche simili di uno stadio più primitivo dell'evoluzione umana, permettendo quindi di classificarli.

Il comportamento deviante era dunque dovuto a cause bio-antropologiche. «Il delinquente nato mostra, in una proporzione del 35%, numerose caratteristiche specifiche che sono quasi sempre ataviche [...] i tratti riscontrabili tra le popolazioni selvagge sono comuni tra i delinquenti nati. [...] Si possono riscontrare analogie inaspettate persino nei piccoli dettagli, ad esempio nelle regole improvvisate delle bande criminali; l'abitudine del tatuaggio; la crudeltà fuori dal comune dei loro giochi; l'eccessiva gestualità»¹⁸. Egli, considerando il sentimento abolizionista dello scenario italiano proponeva di mantenere la pena di morte solamente per i trasgressori di maggior pericolosità e, in particolare, per i casi di recidiva. Su tali dimostrazioni di predisposizione reiterata al crimine giustificava l'irrimediabilità dell'estremo supplizio, in quanto a insanabilità della devianza corrispondeva irreparabilità della pena. Gli ideali lombrosiani risuonano con maggior analiticità nel pensiero di Garofalo, fondatore della scienza criminologica, il quale, nella sua opera intitolata *Criminologia* e pubblicata per la prima volta nel 1885, si oppone rigorosamente ai fondamenti della Scuola Classica criticandone anche la mancata considerazione delle cause sociali e naturali. Il magistrato partenopeo offre una definizione di delitto intesa non come una mera violazione giuridica ma come un'infrazione naturale, «una lesione di quella parte del senso morale che consiste nei sentimenti altruistici fondamentali (pietà e probità); questa percezione morale va calcolata, per così dire, sul valore medio riscontrabile nelle “razze umane

¹⁷*Ivi*, pp. 126-129

¹⁸*Ivi*, pp. 129-130

superiori”; quella certa quantità di moralità è considerata “necessaria per l’adattamento alla società”». Così come il mancato adattamento di qualsiasi forma di vita alle condizioni di sopravvivenza ne determina l’estinzione, il delitto eliminerebbe il “patologico” fornendo la dimostrazione empirica della sua inadeguatezza. Il ragionamento implicherebbe l’esistenza di «un ordine morale e di un ordine biologico»: è un principio biologico che l’individuo scompaia quando le sue imperfezioni gli impediscono di sopportare l’azione dell’ambiente. La differenza fra l’ordine biologico e l’ordine morale è che la selezione nel primo ha luogo spontaneamente con la morte degli individui disadatti, mentre nel secondo caso l’individuo, essendo fisicamente atto alla vita, e non potendo vivere fuori dell’ambiente sociale a cui pure esso non è adatto, la selezione deve aver luogo artificialmente, cioè per opera del potere sociale che operi ciò che nell’ordine biologico è operato nella natura.

La trattazione del «senso morale comune» permette a Garolofo di contrastare la concezione retributiva della pena intesa sia come «espiazione morale», sia come ritorsione. Il distacco dalla prima, come appena detto, è argomentato sulla distinzione fra morale ordinaria e morale deviante mentre la distanza dalla seconda si basa sulla concezione della risposta punitiva in un’accezione non vendicativa ma di «ripugnanza» del diverso. È giusto che la società si conservi mercè la esclusione dei disadattati alla convivenza. È, dunque, equo che essa elimini i delinquenti». Indica le fattispecie, avendo ben chiaro il Codice penale unitario in via di completamento, al quale dovrebbe conseguire la pena di morte:

- «qualsiasi omicidio volontario non commesso per vendicare una ingiuria immeritata od una ingiustizia fattagli subire in qualsiasi tempo dall’offeso, ovvero fatta a qualsiasi persona nell’istante che precede il delitto».

- «l’omicidio reiterato, cioè commesso a più riprese».

- «la strage di più persone (esclusi i casi di rissa e difesa), a cui sono parificati incendio, inondazione, esplosione od altri mezzi di distruzione, tendenti allo scopo di uccidere altre persone oltre il provocatore dell’agente».

- «a ciò si aggiungano, anche quando non produttivi della morte della vittima, le violenze[...]» particolarmente crudeli.

Aggiunge che i benefici dello strumento capitale sul quadro sociale, si rinverrebbero sia nell’immediato che in prospettiva futura, poiché l’eliminazione del disadattato, minore o folle che sia, consentirà una minor procreazione di individui

propensi alla delinquenza¹⁹. Nonostante l'infondatezza scientifica, ciò non toglie il fondamentale contributo della Scuola Positiva sotto il profilo della politica criminale. Il rifiuto del paradigma classico, fondato sulla razionalità e sul libero arbitrio, ha permesso la nascita «dei concetti di pericolosità e difesa sociale», quali capisaldi delle odierne misure di sicurezza. «La pericolosità sociale è determinata dall'incapacità dei delinquenti di controllare il loro impulso a compiere crimini. A essi non si può contrapporre solamente la speranza dell'effetto deterrente della sanzione classica, che presuppone un soggetto in grado di calcolare razionalmente costi e benefici»²⁰.

Per quanto concerne il paradigma neopositivista, se le rudimentali teorie di Lombroso e Garofalo non sopravvissero a lungo – considerata la mancanza delle prove scientifiche a loro sostegno – negli ultimi decenni del 1900 si ripropose il «modello bioantropologico», per il quale la devianza sarebbe condizionata dalla struttura psichica e biologica degli individui. «La tesi dell'ereditarietà della criminalità» di Dugdale, come quella di Sheldon sui tipi di conformazione fisica maggiormente predisposti al crimine o, ancora, gli studi sulle anomalie cromosomiche in correlazione con la propensione alla delinquenza, pur avendo ricevuto ampia risonanza, sono inficiate da un vizio metodologico, relativo alla mancata presa in considerazione di criminali provenienti da ranghi sociali e contesti non critici, siccome, esaminano solamente i soggetti carcerati o i collocati nei riformatori. Più affidabili ed elaborati oltre che maggiormente sofisticati, pur con le cautele segnalate dai ricercatori più attenti, parrebbero gli studi neuroscientifici e genetici idonei a sancire la non colpevolezza del reo per l'accertata incapacità d'intendere e di volere o, ancora, per esempio, «le tecniche di neuroimaging». Bisognerebbe partire dall'assunto dell'indivisibilità genetica-ambiente, poiché «non si può ignorare che l'evoluzione delle strutture genetiche, nell'adattarsi al mutamento dell'ambiente, richiede archi temporali lunghi, mentre molti comportamenti problematici si verificano in presenza di situazioni o stimoli che possono manifestarsi improvvisamente per il prodursi di particolari ed eccezionali circostanze fisiche, sociali, politiche o economiche». Rapportare direttamente il piano neurologico con quello comportamentale, pur riconoscendo alle componenti biologiche l'influenza su alcune azioni comportamentali, denota una svalutazione dei fattori cognitivi, interattivi e

¹⁹E. Tavilla, *Ordine biologico e ordine morale. Appunti sulla riflessione criminologica italiana in tema di pena di morte (sec. XIX)*, in «Historia et ius», MMXVI, fasc. 10, pp. 3-9

²⁰F. Prina, *Devianza e criminalità*, «cit.», pp. 131-132

simbolici²¹. La crescita di cospicui finanziamenti nel settore ha determinato, soprattutto negli Usa, una politica penale particolarmente suggestionabile, grazie a campagne mediatiche semplificate e generalizzate in grado di alimentare una pluralità di false aspettative: esse svariano dal raggiungere l'origine certa della devianza facendo leva sulla cattività naturale del criminale, all'esenzione di responsabilità delle istituzioni statali e famigliari, alla riduzione economica e sociale dei programmi di supporto individuali, concentrandosi invece sull'isolamento prematuro del soggetto anomalo, in modo da creare un contenimento per la loro predisposizione violenta. Anche dati sui *dna*, tecniche di geolocalizzazione come bracciali elettronici, possibili sviluppi di «impianti sottocutanei o sistemi di elettroshock a distanza», terapie farmacologiche come farmaci inibitori o castrazioni chimiche, consentono una riduzione degli addetti alla supervisione negli stabilimenti penitenziari con la conseguente diminuzione dei costi. Il risultato è «Lo smantellamento delle politiche sociali e la medicalizzazione dei comportamenti devianti» e l'allontanamento dalla funzione risocializzante della pena, dove trova e può trovare terreno fertile l'istituto della pena di morte²².

4.- La presunzione della deterrenza

Pochi individui potrebbero sostenere che la pena capitale sia intrinsecamente adeguata ad un moderno contesto socio-giuridico. Una gran parte dei sostenitori ne riconoscono la brutalità come ne ammettono il rischio dell'irreversibilità dell'errore giudiziario ma, contemporaneamente, la ritengono uno strumento necessario a tutelare la collettività. La pretesa dell'insostituibilità della pena, qualora fosse supportata da fondate prove scientifiche, sarebbe un solidissimo argomento a sostegno degli antiabolizionisti. Soventemente, in passato e tutt'ora, istanze e giustificazioni favorevoli al suo utilizzo si sono basate sull'argomento del senso comune e percezioni personali sfornite di presupposti oggettivi. Il sociologo Johan Thorsten Sellin, nel 1980, riporta la citazione di *Sir James Fitzjames Stephen*: «nessun'altra pena trattiene gli uomini così efficacemente dal commettere dei crimini come la pena di morte [...]. Questa è una di quelle affermazioni che è difficile da provare semplicemente perché tali assunti sono di per sé stessi più ovvi di quanto qualsiasi dimostrazione possa renderli». Asserzioni che nell'Ottocento, considerato il limitato sviluppo della scienza sociologica, erano

²¹*Ibidem*, pp. 175-180

²²*Ibidem*, pp. 214-216

perdonabili e frequenti²³. Oggi giorno la disputa sull'effetto deterrente della pena di morte è stata oggetto di diverse indagini. In conseguenza della commissione di reati considerati di una certa gravità come l'omicidio, l'attentato terroristico, l'infanticidio e le condotte idonee a ledere la sfera sessuale che sconcertano sensibilmente l'opinione pubblica, si è talvolta riproposta, anche in Italia, la disputa sulla possibilità di reintrodurre la pena capitale per gli illeciti penali ritenuti particolarmente offensivi. È fondamentale, perciò, cercare di verificare se la pena di morte sia effettivamente un deterrente contro la criminalità o se, al contrario, non abbia alcun effetto dissuasivo.

Provando a circoscrivere la nozione di deterrenza, nel 1975 la National Academy of Sciences Panel statunitense l'ha definita in tal modo: «la deterrenza è l'effetto di intimidazione delle sanzioni penali sull'attività criminale delle persone e include tutti i meccanismi psicologici per mezzo delle quali le sanzioni scoraggiano i crimini». Al fine di tentare di valutare l'effettiva deterrenza della pena di morte mi soffermerò su alcuni profili rilevanti. Il primo verte sul presunto primato del carattere spaventoso della minaccia, sulla generale convinzione che la morte come sanzione legale, in un'ipotetica gerarchia di preferibilità delle pene, sia sempre la peggiore. Ciò permetterebbe appunto di generare quel senso di paura tale da creare un effetto dissuasivo dalla commissione delle condotte antiggiuridiche punite con la sanzione capitale. L'assunto non tiene conto che la probabilità statistica di essere accusato prima, condannato poi, ed eliminato infine è davvero molto bassa. Il pericolo maggiore di essere ucciso si presenta durante il compimento dell'azione criminosa o a seguito di questa, durante la fase di fuga dal luogo dell'evento. Se il possibile criminale fa un calcolo razionale sulla massimizzazione del benessere causato dalla sua condotta illecita con il basso rischio di essere sottoposto ad esecuzione, con buone probabilità non rinuncerà alla commissione del crimine. Inoltre, un forte stimolo deviante sarebbe idoneo a ridurre le capacità obiettive di accertamento della probabilità di essere catturato. Ulteriore considerazione sulla presunta potenza della minaccia verte sullo *status* psichico ipotetico del comportamento deviante, oggetto di attenzione dello psichiatra Dr. Roche, padre de *La mente criminale*, nella quale scriveva:

L'argomentazione secondo cui la pena capitale è un deterrente può essere una valida asserzione fino a che riposa su uno stato mentale ipotetico che è una costante immaginaria. Ma non

²³Comune di Bologna, Amnesty International, Università di Bologna, a cura di, *La pena di morte nel mondo, Convegno internazionale di Bologna*, Marietti, Bologna, 1983, pp. 197-198

è confortata dall'esperienza che ci dice come in una data comunità si troverà una frazione della popolazione predeterminata da potenziali patologici e criminali che trascendono l'effetto deterrente di qualsiasi punizione, inclusa quella capitale. Le scienze psicologiche e sociologiche non sostengono l'opinione secondo cui la paura della morte è un efficace deterrente al delitto. Al contrario noi incontriamo più spesso l'effetto opposto; la pena capitale può essere un incentivo a uccidere e qui, indirettamente, la pena capitale tende a abbassare il rispetto della vita umana. Il numero degli assassini che sono mentalmente instabili è maggiore di quanto vorremmo ammettere. In alcuni casi essi sono persino attratti dallo spettacolo della loro stessa esecuzione e tentano di assicurarsela per garantirsi la propria distruzione.

Il secondo profilo verte sui destinatari della sanzione. Alcune richieste di reintroduzione o mantenimento sono accompagnate dal timore di essere vittima di un reato *gravis* e dall'erronea convinzione che la sua funzione utilitaristica possa prevenire la criminalità costituendo una garanzia particolarmente efficace contro il corrispondente tipo di potenziali trasgressori: l'omicida sessuale o ideologico, il terrorista, il sicario e l'assassino di poliziotti. Tali soggetti sono proprio coloro che hanno elevate probabilità di compiere l'azione criminosa punita con la morte. L'altra categoria dei destinatari sono coloro che condividono i valori etici vigenti e che, indipendentemente dalla previsione di una norma sanzionatoria, si asterebbero comunque da comportamenti non conformi alla morale comune, vanificando per la loro quota l'effetto dissuasivo della pena (anche nell'ipotesi in cui questo fosse provato). Si tratta di un curioso paradosso che affligge la pena capitale: dove serve è poco probabile che dispieghi i suoi effetti e dove non serve è molto probabile che sia efficace²⁴. Il terzo profilo, di cui mi occuperò nei paragrafi successivi, si afferra alla pluralità metodologica delle indagini statistiche, le quali introducono i concetti di deterrenza assoluta e deterrenza marginale. Con il primo concetto si è soliti riferirsi all'effetto deterrente di un determinato tipo di sanzione considerata isolatamente; con il secondo si paragona l'efficacia dissuasiva di una pena con un'altra. L'obiettivo degli studi statistici sull'efficacia deterrente della sanzione capitale è diretto all'accertamento non delle singole fattispecie per le quali si applica la pena di morte, ma in correlazione alla maggiore o minore efficacia di questa con altre sanzioni (deterrenza marginale), quale per esempio l'ergastolo. Le indagini sulla tematica in oggetto sono state svolte con metodi differenti e si diversificano

²⁴Ivi, pp. 204-207

principalmente in relazione a quattro caratteristiche proprie della sanzione penale già identificate da Beccaria: certezza, severità, celerità e pubblicità²⁵.

4.1- Le statistiche sull'effetto deterrente

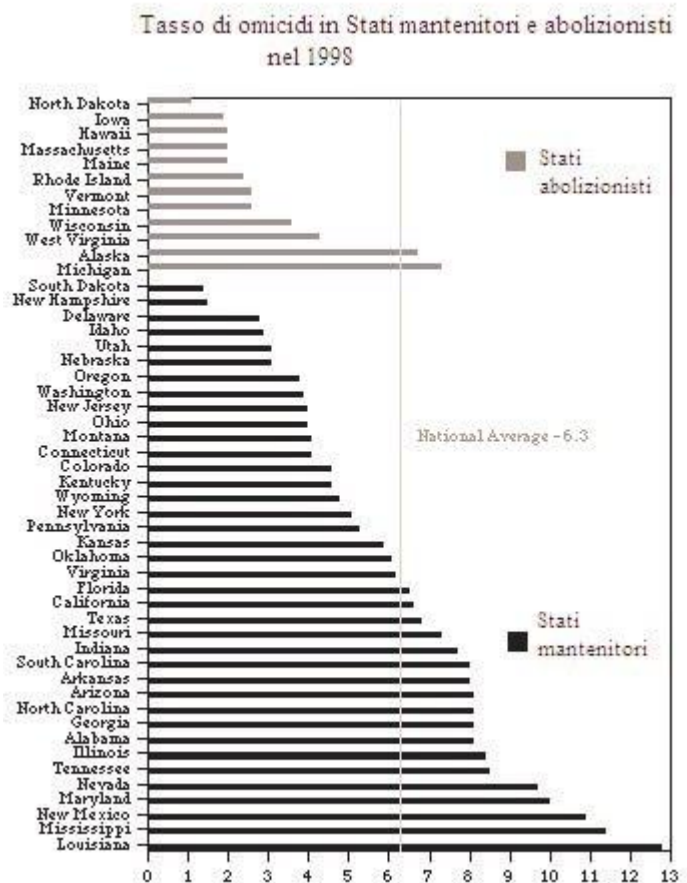
Come già detto in precedenza, diversi sono stati i metodi applicati al fine di verificare se, con l'utilizzo della pena in argomento, ci sia o meno un effetto deterrente. Il metodo comparativo interno, il più applicato sino agli inizi degli anni Settanta del XX secolo, ha il fine di confrontare i tassi di omicidio di una determinata giurisdizione ante e post abolizione o introduzione o ripristino della pena di morte. Tramite l'utilizzo della suddetta metodologia riporterò un'analisi statistica sulla percentuale di incremento e di diminuzione del tasso di omicidio nello stato della California in due archi temporali differenti, ovvero, tra il 1952 e il 1967 e tra 1968 e il 1991, precisando che in quest'ultima fascia temporale la normativa statunitense prevedeva la sospensione dell'esecuzione capitale. Talora, con il metodo comparativo esterno, il raffronto dei tassi di omicidio avviene tra stati conservatori e non conservatori. Prendendo ad esempio sempre gli Stati Uniti d'America tra il 1991 e il 2006 e conteggiando il tasso omicidi su 100.000 abitanti è possibile anche in questo caso verificare come il tasso di omicidi sia inferiore negli stati abolizionisti rispetto agli stati non abolizionisti.

Anno	Tasso omicidi Stati mantenitori	Tasso omicidi Stati abolizionisti	Differenza in %
1991	9,94	9,27	7%
1992	9,51	8,63	10%
1993	9,69	8,81	10%
1994	9,23	7,88	17%
1995	8,59	6,78	27%
1996	7,72	5,37	44%
1997	7,09	5,00	42%
1998	6,51	4,61	41%
1999	5,86	4,59	28%
2000	5,70	4,25	35%
2001	5,82	4,25	37%
2002	5,82	4,27	36%

²⁵F. Guerra, *Indagini sull'effetto deterrente*, in «azione dei cristiani per l'abolizione della tortura», pp. 1-2

2003	5,91	4,10	44%
2004	5,71	4,02	42%
2005	5,87	4,03	46%
2006	5,9	4,22	40%

L'analisi statistica successiva verterà sul rapporto del tasso omicidi fra i singoli stati americani.



Il risultato, considerata la percentuale maggiore di omicidi negli stati non abolizionisti, parrebbe coincidere con la mancanza dell'effetto deterrente della pena capitale che, addirittura, determinerebbe un aumento della criminalità. Thorsen Sellin criticò la metodologia presentata con riguardo alla carenza di omogeneità dei dati. Di conseguenza la sua indagine statistica raffrontò 18 stati con circa le medesime caratteristiche socioeconomiche e politiche dal 1920 al 1963, deducendo che la pena capitale non realizzava nessun effetto dissuasivo sui tassi di omicidi. Le analisi statistiche fondate sul metodo comparatista dimostrano come la minaccia di una pena decisamente severa non sia affatto impattante sotto l'aspetto utilitaristico e riduzionistico

della criminalità omicida²⁶. Nel 1981 il dipartimento di Giustizia della California, con il rapporto relativo al proprio territorio denominato *Omicidio e pena di morte*, affermò un aumento del 240% del tasso omicidi derivante dalla mancata applicazione della suddetta sanzione. Nei 16 anni antecedenti, durante la sua sospensione, la percentuale di omicidi calcolata su 100.000 abitanti nel 1964 era di 4,2, mentre nel 1980 era di 14,3. La principale criticità metodologica attiene all'omesso paragone tra il *trend* del flusso omicidi e il trend di ulteriori reati.

Variazioni nei reati che comportano violenza nello stato della California 1964-1980

%	1964 numero	1964 tasso	1980 numero	1980 tasso	Variatz.
Omicidi dolosi	740	4,2	3411	14,3	240%
Aggressione aggravata	24480	137,6	102766	436,7	217%
Rapina	18667	103,2	90420	384,2	899%
Stupro	3621	20	13963	58,2	191%
Totale generale	47908	265,0	210290	893,4	237%
Totale escluso omicidio doloso		260,8		879,1	237

La fonte originaria dei dati forniti per determinare il rapporto percentuale dei reati in oggetto è la Federal Bureau of Investigation (FBI) e dai risultati ottenuti si evince come l'aumento globale del tasso omicidi, confrontato con altre fattispecie, sia numericamente inferiore²⁷.

²⁶Ivi, pp. 2-5

²⁷Comune di Bologna, Amnesty International, Università di Bologna, La pena di morte nel mondo, "cit.", pp. 210-216

4.2- L'impatto della certezza e della pubblicità sulla curva omicida

Le analisi sull'influsso della certezza della pena capitale sulla dissuasione del crimine mirano a confrontare il legame fra il numero reale di esecuzioni e la curva dei tassi di omicidi. Nel 1975 Isaac Ehrlich pubblicò uno studio basato su un modello econometrico, secondo il quale la pena di morte avrebbe prodotto una riduzione del flusso omicidi. Criticando il metodo Sellin per la mancata considerazione della totalità dei fattori sociali, economici e culturali tra i diversi Stati, l'autore pose a fondamento del suo studio scientifico il profilo della certezza tramite un'indagine sul calcolo probabilistico della possibilità di essere incarcerati-condannati-puniti. Sotto l'aspetto metodologico si servì delle *multiple regression analysis* che permettono l'isolamento di una variabile dall'intersecazione con un'altra, evitandone quindi la reciproca sovrapposizione. Egli valutando i fattori sociodemografici e politici idonei a incidere sul rapporto esecuzioni/tassi omicidi negli Stati Uniti tra il 1933 e il 1969 e, poi, confrontando distintamente i singoli stati esecutori e astensionisti in due annate precise, ovvero 1940 e 1950, giunse a sostenere l'esistenza dell'effetto deterrente della certezza della sanzione capitale. Al riguardo, le confutazioni metodologiche furono parecchie: P. Passel e J. Taylor, utilizzando l'identico metodo, rilevarono che non considerando le annate successive al 1962 non ci sarebbe stato alcun effetto dissuasivo. G. Pierce, L. Klein, W. Bowers, V. Filatov notarono invece che considerando dati diversi da quelli individuati da Ehrlich l'effetto sarebbe stato contrario, ovvero uno stimolo per comportamenti devianti. B. Forst dissentì dalle considerazioni precedenti con un'apposita ricerca, argomentando che siccome tra il 1960 e il 1970 si dispose l'interruzione delle esecuzioni, per poter ritenere lo studio dell'economista Ehrlich corretto, non sarebbe dovuto aumentare il tasso di omicidio negli stati che prima del suddetto arco temporale non applicavano (*de facto o de iure*) la sanzione capitale.

Gli altri elementi potenzialmente in grado di influire sull'andamento della curva omicida sono la celerità e la pubblicità della sanzione. Lo stesso Cesare Beccaria, come molti altri interessati, hanno ripetutamente esaltato l'importanza della rapidità della pena al fine di esplicitare la funzione general-preventiva. Alcune indagini moderne, soprattutto nei confronti della pubblica opinione, ritengono che il carattere della celerità sia meno impattante dei fattori della severità e della certezza. Per quanto concerne l'impatto della pubblicità della sanzione sull'andamento della curva omicida, menzionerò i contributi statistici offerti da D. Phillips, Mcfarland e S. Stack. Il primo, prendendo a campione le

22 esecuzioni che vennero pubblicate sul periodico *The Times* avvenute nel territorio londinese fra il 1858 e il 1921, concluse che nelle due settimane seguenti all'atto esecutivo la percentuale di omicidi era in decremento. Mcfarland, sempre con riferimento al breve periodo susseguente all'eliminazione del reo, giunse alla conclusione diametralmente opposta. S. Stack, esaminando le esecuzioni fortemente propagandate nel periodo tra il 1950 e il 1980, dedusse che l'andamento del flusso omicidi mensile era in diminuzione e che ad ogni esecuzione avente un alto eco nella comunità corrispondeva un effetto dissuasivo in grado di risparmiare all'incirca trenta persone. Bailey e Peterson obiettarono lo studio di S. Stack in quanto, ripetendo l'analisi con lo stesso metodo, ravvisarono che l'effetto deterrente della pubblicità della pena di morte sull'andamento del comportamento criminale omicida è completamente casuale.

4.3 – Le criticità delle indagini statistiche e la criminologia critica di Alessandro Baratta

Escludendo le indagini di Ehrlich, di S. Stack e del dipartimento di giustizia della California che reclamano la necessità della pena capitale sulla base della sua funzione preventiva, la maggior parte delle altre indagini giunge ad un esito convergente: l'effetto deterrente della pena capitale non è maggiore dell'ergastolo. Ciò si evince sia dai precedenti studi statistici che da ulteriori conferme dei professori e ricercatori John Donohue, Justin Wolfers e Joanna Shepherd, che oltre a evidenziare i difetti di alcune indagini statistiche volte a sostenere l'efficacia deterrente di tal pena, affermano che essa produce un effetto lesivo della morale collettiva, che oltre a degradare il significato della vita umana, comporta, talvolta, un effetto criminogeno²⁸.

Le complessità, che non si limitano solo ad un potenziale aumento della criminalità, sono collegate a diversi fattori: una prima difficoltà consiste nell'impossibilità di prevedere costantemente e razionalmente le conseguenze dei propri comportamenti, tra cui l'eventuale presenza di patologie psicologiche, l'emersione di impulsi irrazionali, la negazione di responsabilità del reo e la tendenza a non essere scoperti nella commissione del reato. La probabilità statistica di essere accusato prima, condannato poi, ed eliminato infine è davvero molto bassa. Il pericolo maggiore di essere ucciso si presenta durante il compimento dell'azione criminosa o a seguito di questa,

²⁸F. Guerra, *Indagini sull'effetto deterrente*, "cit.", pp. 6-7

durante la fase di fuga dal luogo dell'evento. Se il possibile criminale fa un calcolo razionale sulla massimizzazione del benessere causato dalla sua condotta illecita con il basso rischio di essere sottoposto ad esecuzione, con buone probabilità non rinuncerà alla commissione del crimine. Inoltre, un forte stimolo deviante sarebbe idoneo a ridurre le capacità obiettive di accertamento della probabilità di essere catturato. Un'altra critica proviene dalla non considerazione del numero oscuro dei crimini, ovvero dal pericolo della non corrispondenza tra dati effettivi da considerare e dati disponibili. Ad esempio basti pensare al numero di crimini realmente commessi (criminalità reale) rispetto al numero di crimini rilevati e noti alle autorità pubbliche (criminalità ufficiale). Inoltre, nel presunto rapporto causa-effetto, non si tiene conto della relazione inversa, ovvero che spesso è il tasso di criminalità che determina la politica penale sanzionatoria da perseguire²⁹.

Nonostante la pluralità delle indagini statistiche e delle metodologie esistenti, emerge una contraddittorietà dei risultati raggiunti. Come in precedenza anticipato, la mancanza di prove scientifiche valide è dettata dalla pluralità dei fattori individuali ed ambientali dell'azione umana, che non essendo suscettibili di generalizzazioni, impediscono, allo stato attuale delle scienze sociologiche, criminologiche, psicologiche e giuridiche, la traduzione in formule matematicamente affidabili del comportamento umano.

Essendo il dibattito ancora in corso, ritengo che l'onere probatorio sul supposto effetto deterrente della pena capitale debba ricadere su coloro che sono favorevoli e non sugli abolizionisti. A tal proposito citerò prima il sociologo e criminologo Fattah (1981) e di seguito il deputato inglese Hattersley (1983): «L'unica motivazione di tipo morale che potrebbe giustificare in qualche modo il possesso da parte dello Stato di un diritto alla distruzione della vita umana, potrebbe aversi allorché ciò sia indispensabile per proteggere o preservare la vita di altri». Questo comporta che l'onere della prova sia a carico di chi ritiene che la punizione capitale eserciti un potere deterrente sul potenziale criminale. «Finché costoro non potranno dimostrare che effettivamente la pena di morte protegge le vite di altri al costo di una sola non vi è alcuna giustificazione morale per lo Stato che privi qualcuno della vita»; «Se si deve accettare l'ipotesi della deterrenza, se dobbiamo votare per la pena capitale quale deterrente dobbiamo essere sicuri che essa lo sia. Se dobbiamo impiccare donne e uomini per il collo fino a quando non muoiano

²⁹F. Prina, *Devianza e criminalità*, "cit.", p. 65

dobbiamo avere qualcosa di più solido di una sensazione, di una superstizione, di una vaga impressione»³⁰. Considerando le criticità descritte sull'utilizzo delle indagini statistiche, e di conseguenza sul suo non dimostrato effetto deterrente, è possibile prospettare delle alternative alle politiche penali odierne, ispirate principalmente alle teorie neoclassiche e neopositiviste. Il progetto che si propone si fonda su una delle proposte rivolte al raggiungimento di un diritto penale minimo.

Tale punto di partenza «nell'impostazione di Baratta[...]è costituito dalla critica criminologica, ovvero dal riferimento all'empiria, vista alla luce delle acquisizioni della criminologia “della reazione sociale”. Si tratta, com'è noto, di quell'orientamento che amplia l'orizzonte epistemologico della criminologia, assumendo ad oggetto di studio il processo – formale e informale – di criminalizzazione, ossia di definizione di ciò che è criminale e va punito, in particolare da parte dei *mass media*, del legislatore e delle agenzie del sistema penale, quali la polizia e magistratura, ma anche la scienza penalistica con il suo discorso che legittima tale sistema». Una criticità dell'universo penalistico si esplicherebbe nella sua struttura e precisamente nella sua selettività, ovvero nella capacità di tutelare solo un'esigua percentuale di beni giuridici rispetto a quelli che dichiara voler tutelare. Il presupposto del ragionamento si articola sulla teoria del conflitto, nel quale il diritto penale è strumentale al confacimento degli interessi del ceto sociale dominante che concentra la punizione solo o prevalentemente su quei comportamenti che, secondo la prospettiva dell'interazionismo simbolico e dell'etichettamento, stabilisce di stigmatizzare come devianti, determinando inevitabilmente “zone di non punibilità”.

Ulteriori critiche si articolano proprio sulla funzione deterrente e risocializzante della pena in generale. Baratta distinguendo tra “teorie ideologiche” e “teorie tecnocratiche”, attribuisce alle prime funzioni empiricamente false, ovvero dei fini che nell'effettività non sono dimostrati empiricamente e che riguardano sia la deterrenza intesa come prevenzione generale negativa, sia la risocializzazione come prevenzione special positiva. Le seconde, attribuiscono alla pena delle funzioni reali, che effettivamente compie, ma assiologicamente inammissibili: esse sono la prevenzione special negativa, in contrasto con l'umanità della pena e con l'ideale rieducativo e, la prevenzione general positiva, intesa come fattore di stabilizzazione dei valori

³⁰C. Giusti, *Parlare contro la pena di morte. Un manuale*, Forlì, Parte Terza, edizione riveduta e aggiornata per il Seminario del 22 ottobre 2025, pp. 10-11

socialmente condivisi. Ciò che si auspica è *una radicale riforma della legislazione criminale* fondata su un *diritto penale minimo*, ovvero sussidiario, nell'accezione di *extrema ratio*, ispirato a politiche di *diversion* e deistituzionalizzazione³¹.

CAPITOLO TERZO

SISTEMI CONTEMPORANEI DI APPLICAZIONE DELLA PENA DI MORTE: REGIMI AUTORITARI E DEMOCRATICI

1.- Uno sguardo ai dati su condanne ed esecuzioni

Secondo i dati forniti da alcune organizzazioni umanitarie, quali Amnesty International e Nessuno tocchi caino, il numero di esecuzioni mondiali accertate nel 2023 (sino al 12 maggio) è di 307, mentre nell'arco temporale tra il 2000 e il 2023 (sempre con riferimento alla stessa data) si registrano 47.718 esecuzioni di condanne capitali¹. Alla data del 31 agosto 2021, più di due terzi dei paesi al mondo, formalmente o nella prassi, avevano abolito la pena di morte. Numeri non trascurabili, esemplificativi dell'attualità che riveste la tematica. Cercherò di delineare sommariamente e schematicamente la situazione attuale, distinguendo fra paesi abolizionisti e conservatori, fornendo dei dati – ricavati dalle statistiche ufficiali riportate da Amnesty International – di condanne a morte ed esecuzioni nel mondo².

- 109 paesi abolizionisti per ogni reato:

Albania, Andorra, Angola, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Belgio, Benin, Bhutan, Bolivia, Bosnia ed Erzegovina, Bulgaria, Burundi, Cambogia, Canada, Capo Verde, Chad, Cipro, Città del Vaticano, Colombia, Congo (Repubblica del), Costa Rica, Costa d'Avorio, Croazia, Danimarca, Ecuador, Estonia, Filippine, Finlandia, Figi, Francia, Gabon, Georgia, Germania, Gibuti, Grecia, Guinea, Guinea Bissau, Haiti, Honduras, Irlanda, Islanda, Isole Cook, Isole Marshall, Isole Salomone,

³¹A. Cavaliere, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in «Archivio Penale», 2018, Fasc. 3, pp. 6-10

¹Banca dati, <http://www.nessunotocchicaino.it>

²Rapporto di Amnesty international sull'uso della pena di morte nel mondo, 2021, <https://www.amnesty.it>, p. 59

Italia, Kirghizistan, Kiribati, Kosovo, Latvia, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Macedonia del Nord, Madagascar, Malta, Mauritius, Messico, Micronesia, Moldavia, Monaco, Mongolia, Montenegro, Mozambico, Namibia, Nauru, Nepal, Nicaragua, Niue, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Palau, Panama, Paraguay, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Repubblica Dominicana, Repubblica Slovacca, Romania, Ruanda, Samoa, San Marino, Sao Tomè e Principe, Senegal, Serbia, Seychelles, Slovenia, Spagna, Sudafrica, Suriname, Svezia, Svizzera, Timor Est, Togo, Turchia, Turkmenistan, Tuvalu, Ucraina, Ungheria, Uruguay, Uzbekistan, Vanuatu, Venezuela .

-8 paesi abolizionisti per reati comuni ma non per reati eccezionali, come quelli commessi in tempo di guerra o in altre circostanze speciali.

Brasile, Burkina Faso, Cile, El Salvador, Guatemala, Israele, Kazakistan, Perù.

-27 paesi abolizionisti *de facto* che pur prevedendo la sanzione capitale per reati comuni come l'omicidio non eseguono condanne a morte da 10 anni o hanno assunto un impegno, nello specifico una moratoria, a livello internazionale o regionale:

Algeria, Brunei Darussalam, Camerun, Corea del Sud, Eritrea, Eswatini (ex Swaziland), Federazione Russa, Ghana, Grenada, Kenya, Laos, Liberia, Malawi, Maldive, Mali, Mauritania, Marocco/Sahara occidentale, Myanmar, Niger, Papua Nuova Guinea, Repubblica Centrafricana, Sierra Leone, Sri Lanka, Tagikistan, Tanzania, Tonga, Tunisia, Zambia.

-55 paesi che applicano la pena di morte per reati comuni, come l'omicidio, la rapina a mano armata, il traffico di droga, l'apostasia e l'adulterio. Questi sono:

Afghanistan, Antigua e Barbuda, Arabia Saudita, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belize, Bielorussia, Botswana, Cina, Comore, Corea del Nord, Cuba, Dominica, Egitto, Emirati Arabi Uniti, Etiopia, Gambia, Giamaica, Giappone, Giordania, Guinea Equatoriale, Guyana, India, Indonesia, Iran, Iraq, Kuwait, Lesotho, Libano, Libia, Malesia, Nigeria, Oman, Pakistan, Palestina (stato di), Qatar, Repubblica Democratica del Congo, Saint Kitts e Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent e Grenadine, Singapore, Siria, Somalia, Stati Uniti d'America, Sudan, Sudan del Sud, Taiwan, Thailandia, Trinidad e Tobago, Uganda, Vietnam, Yemen, Zimbabwe.

Per quanto attiene al numero di condanne e di esecuzioni dei singoli stati, sottolineo che i dati che riporterò nel seguente elenco riguardano esclusivamente le condanne a morte e le esecuzioni rese note dalle autorità giudiziarie nazionali. Strumentalizzando e facendo leva sul segreto di stato «alcuni paesi occultano

intenzionalmente le informazioni sulla pena di morte, altri non conservano o non rendono disponibili i dati sul numero di sentenze capitali e di esecuzioni». Il segno “+” accanto al dato di un paese significa che si è avuta conferma di quel determinato numero di esecuzioni ma è alquanto ragionevole supporre che il numero reale sia decisamente maggiore. La prima elencazione riguarda le condanne a morte, la seconda le esecuzioni:

1- Cina 1.000+ (migliaia); Egitto 356+; Yemen 298+; Bangladesh 181+; India 144; Pakistan 129+; Vietnam 119+; Indonesia 114+; Iraq 91+; Myanmar 86+; Repubblica Democratica del Congo 81+; Mauritania 60; Nigeria 56+; Mali 48 ;Somalia 27+; Sierra Leone 23; Palestina (Stato di) 21+; Stati Uniti d’America 18; Malesia 14+; Kenya 14; Libano 12+; Malawi 11+; Giordania 11+; Sudan del Sud 10+; Singapore 10; Emirati Arabi Uniti 9+; Zambia 9+; Algeria 9; Arabia Saudita 8+; Sri Lanka 8+; Sudan 7+; Ghana 7; Botswana 6; Kuwait 5+; Camerun 4+; Guyana 4; Tunisia 3+ ;Gambia 3; Giappone 3; Trinidad e Tobago 3; Afghanistan 2+; Uganda 2+; Taiwan 2; Corea del Nord 2+; Etiopia 2+; Iran 2+; Libia 2; Oman 2; Qatar 2; Siria 2; Tanzania 2; Thailandia 2; Bielorussia 1; Maldive 1; Marocco/Sahara occidentale 1; Zimbabwe 1;

2- Cina 1.000 + (migliaia); Iran 314+; Egitto 83+; Arabia Saudita 65; Siria 24+; Somalia 21+; Iraq 17+; Yemen 14+; Stati Uniti d’America 11; Sudan del Sud 9+; Bangladesh 5; Botswana 3; Giappone 3; Corea del Nord 2+; Oman 2+; Vietnam 2+; Bielorussia 1+; Emirati Arabi Uniti 1+.

Circa il 98% delle esecuzioni globali è attuato nei paesi autoritari, dittatoriali o a democrazia parziale. Nelle democrazie, quali Stati Uniti e Giappone, sia per quanto attiene al sistema politico sia con riferimento alla salvaguardia dei diritti umani, si registra un alquanto esigua percentuale di esecuzioni che corrisponde circa al 2% (da gennaio ad agosto 2021 si registrano 11 esecuzioni negli Stati Uniti e 3 in Giappone)³.

2.- Correlazione tra pena di morte e integralismo religioso: il caso dell’Iran

La pluralità delle politiche sulla pena di morte, negli stati a maggioranza musulmana, non si diversifica significativamente da quella degli altri paesi e riproduce la tradizionale distinzione fra abolizionisti e mantenitori. I nove paesi in cui i musulmani rappresentano circa il 90% della popolazione, come Gibuti, Senegal e Turchia, hanno

³Ivi, pp. 60-61

optato per l'abolizione totale mentre gli altri dodici paesi a prevalenza musulmana, tra i quali Algeria, Mali, Mauritania e Marocco, sono "abolizionisti *de facto*". Diversamente da questi ventuno stati abolizionisti, diciassette paesi a maggioranza musulmana applicano la pena capitale. Nel 2007 il maggior numero globale di esecuzioni si è registrato in Iran (quantomeno 317), Arabia Saudita (minimo 143) e in Pakistan (almeno 135). Nel 2014, sempre in Iran, sono state attuate almeno 800 impiccagioni: 290, tra cui 64 in luogo pubblico, sono state segnalate da fonti ufficiali iraniane e 510 sono state riportate da fonti non ufficiali. Sui circa cinquanta paesi a prevalenza musulmana attuali, solamente 6 o 7 manifestano di attenersi ai principi della *Shari'a* nel diritto penale, seppur tramite una particolare dissimulazione interpretativa idonea ad estremizzarne e strumentalizzarne le sanzioni punitive.

La maggior osservanza di tali interpretazioni si registra in *primis* in Iran e Arabia Saudita, estendendosi con minor rigore anche in Sudan, negli Emirati Arabi Uniti, nell'Oman, nel Pakistan e nello Yemen. In tale accezione interpretativa (pur con differenze tra gli stati menzionati) la *Shari'a* rappresenta il fondamento o condiziona buona parte del diritto penale nel 10% dei paesi a maggioranza musulmana, non rivestendo nel restante 90% alcun ruolo formale⁴. Come anticipato tenterò di spiegare il rilievo che può assumere una determinata interpretazione della *Shari'a*, partendo dalla non semplice circoscrizione della sua definizione, considerando come le stesse difficoltà dichiarative ed interpretative provengano proprio dalla dottrina giuridica religiosa islamica. Indubbiamente si tratta di un termine alquanto "politicizzato" e la sua traduzione universalmente accettata coincide con la dizione di "legge sacra" ma non è appurato quale sia il suo significato sostanziale. La questione assume particolare importanza se consideriamo come i "i diritti positivi" in vigore nei paesi a maggioranza musulmana si richiamino, seppur diversamente, alla *Shari'a*. In alcuni territori è la sola "legge" prevista, in altri, che hanno provveduto alla sua reintroduzione e si definiscono "re-shariazzati" e che sono caratterizzati da un processo di post decolonizzazione (Iran, Pakistan, Sudan, Libia, Afghanistan e buona parte della federazione nigeriana), il ripristino della *Shari'a* è connotato da "una tecnica di finzione giuridica".

Questi paesi, che adottano la *Shari'a* difformemente rispetto alla sua versione originaria della prima età islamica, hanno provveduto alla sua reintroduzione nel diritto

⁴A.A, An-Na'im, *La pena di morte nel mondo musulmano*, in «Quaderni Jura Gentium – Feltrinelli», pp. 1-4

penale dei «[...] c.d. castighi coranici», tra i quali farebbero rientrare la lapidazione. Al fine di evitare le strumentalizzazioni contenutistiche della *Shari'a*, fondate sull'oppressione dei regimi interni come mezzo di legittimazione del dispotismo, è opportuno chiarire gli scopi che può essere chiamata a servire, cogliendo l'esortazione alla chiarificazione del femminismo islamico volto al recupero della tradizione giuridica *mu'tazilita*, procedendo ad una distinzione fra sensi che assume nella filologia e nella politica, che sono quantomeno tre: ampio, stretto e strettissimo.

Nella prima accezione la *shari'a* «[...] abbraccia la scienza religiosa (intesa come *usul al-din*, principi metodologici della religione islamica, e come *kalam*, filosofia teologico-speculativa), il *fiqh* (nella duplice accezione di diritto e scienza del diritto), e l'etica normativa. In altri termini, si dice che la *shari'a* veicoli quattro tipi di norme: norme teologico-religiose, norme giuridiche, norme etico-morali, e norme sociali in senso stretto [...]». Gli assiomi giuridici teologico-religiosi sono estrapolati dal *Corano* (la rivelazione parola per parola di Allah a Maometto) e dalla *Sunna* (letteralmente il sentiero imboccato e percorso dallo stesso profeta, che nella gerarchia delle fonti, pur non avendo lo stesso statuto teologico del libro sacro, si colloca al suo stesso grado) tramite il ruolo degli esperti. Con il termine *fiqh*, ovvero “la scienza della comprensione giuridica”, si indica sia la scienza interpretativa sia il diritto positivo.

Nell'accezione stretta, la *Shari'a* coincide con il *fiqh*, ricomprendendo, a seconda degli indirizzi, scienza e diritto o solo uno dei due.

Nell'accezione ristrettissima, poco diffusa, la *Shari'a* ricomprenderebbe solo il *Corano* e gli *ahadith* autentici. Di conseguenza, quest'ultima interpretazione includerebbe una quantità di regole giuridiche limitate, rivolte esclusivamente al libro sacro e alla *Sunna*, non lasciando spazio alla ragione come strumento razionale di evoluzione e adattamento di un culto alla società. «Se davvero la forza di una religione sta nel cercare di adeguarsi al cambiamento senza compromettere il nucleo di verità che essa ritiene di dover conservare a tutti i costi, il diritto per l'Islam è lo strumento chiamato a garantire tale funzione». Il *fiqh*, nella nozione di scienza del diritto, si rivolge allo studio (attraverso “la ragione giuridica”) delle fonti islamiche, come riconosciute dalla maggioritaria dottrina sunnita, che sono: *Corano*, *Sunna*, consenso e analogia. Nella gerarchia delle fonti, queste ultime due, elaborate per derivazione dalle prime, si collocano su un grado inferiore e sono definite fonti di derivazione per mezzo della ragione, ed è proprio sul loro ruolo che si verificano i più forti disaccordi interpretativi all'interno sia delle due ali primarie della dottrina giuridica islamica, sunnita e sciita, sia

nell'orientamento sunnita, raffigurato dalle quattro scuole giuridiche hanafita, malikita, shafita, hanbalita⁵.

Fra i giureconsulti musulmani, conseguiva la difficoltà "istituzionale" di stabilire chi e come potesse procedere alla risoluzione del problema determinando il diritto positivo da applicare al caso concreto. La soluzione tradizionale stabiliva che «ogni musulmano era assolutamente libero di seguire la scuola (giurisprudenziale) di sua scelta e che ogni tribunale musulmano era tenuto ad applicare il diritto della scuola a cui apparteneva la parte. Non solo, ma era generalmente ammesso che un individuo avesse la facoltà di cambiare la sua scuola di diritto in un caso concreto». La visione tradizionale basata sull'opzione per la scuola giurisprudenziale preferita era denotata da ragionevolezza in termini di rispetto per la libertà di pensiero, ma le complicazioni derivanti dalla mancata certezza e omogeneità di leggi generali e astratte, tipiche dei sistemi giuridici moderni, sfociavano in un intervento statale soppressivo di tale libertà, ordinando «nell'interesse dell'uniformità, di scegliere una fra le varie regole ugualmente autorevoli e di ordinare ai suoi tribunali di applicare quella regola ad esclusione di un'altra; la regola era scelta semplicemente per la sua desiderabilità sociale e i codici recepiamo le varianti ritenute più adatte ai principi e alle condizioni attuali della comunità»⁶.

Nonostante ciò, la *Shari'a* non s'identifica con precisione con il diritto positivo di nessuno stato a maggioranza musulmana, siccome il suo recepimento e la sua applicazione nel diritto statale pretendono obbedienza in quanto assurgono a mera coercizione politica e non a credo religioso⁷. I principi della *Shari'a* plasmano una concezione dell'amministrazione della giustizia totalmente estranea alla nostra cultura, nella quale è assente il concetto occidentale di processo giudiziario che, quindi, non coincide né con il modello accusatorio né con quello inquisitorio. Peculiare l'assenza della pubblica accusa, ovvero la rappresentanza e l'iniziativa statale per promuovere l'azione penale⁸. Nel diritto penale le tre principali categorie di fattispecie incriminatrici sono: *Hudud*, *Qisas*, *Ta'zir*. Sotto l'aspetto processuale

⁵L. Scudieri, *Oltre i confini dell'harem, Femminismi islamici e diritto*, Milano, Parte quarta, 2013, pp. 207-222

⁶A.A, An-Na'im, *La pena di morte*, "cit.", p.5

⁷*Ivi*, p. 6

⁸*Ivi*, p. 7

Nei reati di *hudud* (anche noti come reati coranici in senso stretto) il giudice accerta i fatti e, qualora questi corrispondano alla fattispecie penale, non può che comminare quell'unica e sola sanzione prevista dal *fiqh*, non essendo contemplato un suo intervento in senso peggiorativo o migliorativo; rispetto a questa categoria di reati, è decisiva la valutazione dell'eventuale pentimento del reo, che deve avvenire, di norma, prima dell'inizio dell'azione penale. Infine, nei reati *ta'zir* è il giudice che, finalmente "giudica", cioè pondera con il suo giudizio le circostanze del caso, la personalità del reo, la validità delle prove e pronuncia una sentenza che non è vincolata né dalla volontà delle parti (come nei delitti di sangue), né dalla rigidità della pena prevista dal *fiqh* (come nei reati *hudud*).

«Si usa affermare che la dottrina musulmana classica distingue i reati sulla base delle pene: pertanto, i fatti illeciti sono riconducibili a tre categorie, a seconda che siano puniti con il taglione (*quisas*), ovvero con pene fisse stabilite dal *Corano* (*hudud*) o, infine, con una pena la cui entità e qualità è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice (*ta'zir*)». Ciò che si evince è la distinzione in base alla gravità socio-religiosa del fatto.

Nei trattati di *fiqh* i reati sono solitamente suddivisi a seconda che ledano il diritto divino, il diritto divino e i diritti individuali e infine la lesione dei diritti individuali. Nel primo comparto i giureconsulti inseriscono il furto (*sariqa*), la fornicazione illecita (*zina*), il consumo di alcolici (*shurb al-khamr*), la guerra contro Dio e la società (*hirabah*), la ribellione e il tradimento (*al-baghi*) e secondo alcuni l'apostasia (*riddah*). Nel secondo comparto rientra la falsa accusa di rapporti sessuali extramatrimoniali (*qadhif*), anche se taluni lo ritengono lesivo dei soli diritti individuali, mentre nell'ultimo s'inseriscono pacificamente l'omicidio e le lesioni fisiche. I giuristi classificano come *hadd* i reati appartenenti ai primi due comparti, mentre definiscono *dima*, come classe a sé stante, l'omicidio e le lesioni volontarie, caratterizzate, come parzialmente anticipato, sia dalla previsione della comminazione del taglione alternativamente al versamento di una somma di denaro, sia per la discrezionalità dell'azione penale come dell'eventuale capo di imputazione. La pena di morte è prevista in via esclusiva solo per *Hirabah*, mentre per *Riddah*, *Zina* e *Al-baghi* può essere comminata in via alternativa.

Gli esempi di disaccordi interpretativi sul significato e sull'individuazione delle fattispecie punibili con la morte sono plurimi⁹. Consideriamo l'apostasia intesa come rinuncia all'Islam o come cambio di fede. Tale rinnegazione della fede, esplicita o

⁹D. Scolart, *L'islam, Il reato, La pena, dal fiqh alla codificazione del diritto penale*, Roma, 2013, Parte prima, pp. 23-26

implicita, pur essendo disapprovata dal *Corano* e dalle tradizioni profetiche, non permette di rinvenire chiaramente, nella loro disciplina sostanziale, la pena da applicarsi. Tuttavia i giureconsulti malichiti, hanbaliti, gifariti e zahiriti - di opinione opposta agli hanafiti e gli sciafiiti - la configurano come un reato *hadd*, ritenendola una tremenda violazione non solo del diritto di Dio «[...] ma anche un tradimento contro la società e lo Stato». Perché la condanna sia legittima è necessario che il soggetto non abbia un vizio di mente, sia pubere e dotato di libero arbitrio. I malichiti ritengono obbligatorio un previo accertamento dell'aderenza effettiva all'Islam. È esclusa la possibilità di un'azione d'ufficio del giudice e deve sussistere la confessione o una testimonianza dettagliata della condotta da parte di due testimoni qualificati. Dopo aver verificato, al di là di qualsiasi dubbio, la rescissione dai principi islamici dell'individuo, gli viene assegnato un termine di tre giorni per il pentimento. Equiparato all'omicida, al fornicatore e al brigantiere, l'apostata è sanzionato con la pena capitale tramite lapidazione o decapitazione.

Diversamente la donna, nella tradizione sciita ma analogamente a quella sunnita degli hanafiti, deve essere reclusa e schiavizzata fino alla morte o al ritorno all'Islam, mentre in caso di tradimento (alleanza con i rivali dell'Islam) è assoggettabile alla pena di morte. Per gli hanbaliti, malichiti e sciafiiti, in assenza di pentimento dell'apostata maschio o femmina la pena si attua con lo strumento della decapitazione. Avvenuta l'esecuzione, oltre alla negazione del rituale *post-mortem* islamico, sopraggiunge la sanzione civile della totale incapacità giuridica, con la conseguenza dell'indisponibilità patrimoniale e della tendenziale nullità del matrimonio. Generalmente si ritiene che il reato di bestemmia si realizzi con, la condotta di colui, capace e sano di mente, il quale oltraggia un simbolo religioso, direttamente o indirettamente, offendendolo o descrivendolo come menomato o comunque con disprezzo, lo diffama o ne travisa la sua entità, o rinnega la sua superiorità. Si tenga conto che in alcun modo rileva il ravvedimento, poiché la parte offesa (il Profeta) che essendo deceduta non potrebbe difendersi ed essendo il perdono nella sua assoluta disponibilità, l'unica via consisterebbe nella ritorsione della *umma* contro il bestemmiatore prevedendo la pena di morte quale strumento di opposizione politica¹⁰.

Per quanto concerne la fattispecie di *zina*, come rapporto sessuale posto in essere in assenza di un legame matrimoniale (fornicazione adulterina) o di concubinato

¹⁰*Ibidem*, pp. 90-104

(fornicazione semplice), è utile chiarire che il Corano prevede esplicitamente la fustigazione con cento frustate (regolandone specificatamente le modalità di somministrazione) e nemmeno nelle tradizioni profetiche è possibile rinvenire un solido fondamento per l'applicazione della sanzione capitale, seppur nella prassi è frequentemente applicata¹¹. Nell'ipotesi di fornicazione adulterina alcuni si riferiscono ad una tradizione profetica che prevede come sanzione la lapidazione ma la sua originalità è comunque sindacata sulla base della prevalenza gerarchica del *Corano* sulla *Sunna*, che abrogherebbe quest'ultima. Una significativa denuncia proviene dalle femministe islamiche che evidenziano come tra gli anni Settanta e Ottanta del Novecento, simultaneamente al processo di islamizzazione e “reislamizzazione” di vari stati a maggioranza musulmana, sia stata attuata una esacerbazione delle politiche in ambito penale, le quali avrebbero come destinatarie principalmente le donne: si consideri per esempio che è estremamente raro che un uomo venga condannato per adulterio.

Le politiche “anti-zina” contenute nelle *Hudud Ordinances*, redatte in *primis* dallo stato pakistano, che sanzionano le condotte che offendono Dio, avrebbero comportato la coincidenza tra la fattispecie di adulterio e stupro per mezzo dell'equipollenza dei regimi probatori della confessione e della testimonianza. L'illogica conseguenza è che innumerevoli donne, spesso in tenera età, destinatarie degli abusi sessuali sono condannate, in Pakistan e in qualche altro paese, addirittura alla pena capitale per *zina*, mentre i loro violentatori vengono soventemente assolti per carenza di prove. La segnalazione effettuata dalla parte lesa equivale a confessione (in alcuni contesti la confessione si realizza con la gravidanza), mentre qualora provenga da terzi vale come testimonianza, permettendo che la vittima venga incriminata con l'accusa di fornicazione, per essere stata responsabile del reato-peccato probabilmente più disapprovato dalla politica penale islamica. Tale tendenza ossimorica volta a far coincidere la “violenza sessuale” con lo “stupro coniugale”, che origina da una concezione del contratto matrimoniale (ma anche da istituti speculari quali il ripudio, il divorzio, la poligamia e le politiche sul velo) come strumento avente natura strettamente sessuale, sottintende l'erronea idea che la donna non possa essere “seriamente” lesa sessualmente, soprattutto quando il rapporto carnale senza il consenso di lei sia posto in essere con il marito. A tal scopo, indagando sui sistemi patriarcali ottomani e turchi, scrive Ayse Saracgil:

¹¹ *Ibidem*, pp. 132-138

la differenza fra la sessualità maschile e quella femminile deriva dalla possibilità o meno di controllare con il potere della mente l'integrità rituale del corpo. Nella comunità musulmana, dove il desiderio sessuale è pienamente riconosciuto e legittimato, ma regolato, a causa della preoccupazione derivante dal suo potere di allontanare il fedele da Dio, la capacità del controllo mentale sul corpo assume grande importanza. Il fatto che le donne siano, per la loro natura, impossibilitate a esercitare tale controllo, costituisce la ragione più importante della loro percezione come delle potenziali minacce per l'ordine della comunità. Il corpo incontrollabile della donna mette a repentaglio il mantenimento della separazione simbolica delle sfere *interno/esterno* sulla quale è basata l'integrità morale della comunità dei credenti. Dunque, la sua difesa viene affidata alla vigilanza degli uomini, i quali, mantenendo sotto controllo i corpi delle donne, assicurano l'integrità morale e la purezza rituale della *ummet*. La perdita del controllo sul corpo e sulla sessualità femminile costituisce la più importante paura ancestrale della comunità musulmana: *la fitne*. L'ideologia tradizionale prevede che una donna che si comporti senza modestia e pudore sia capace di provocare istinti incontrollabili negli uomini.

Generalmente poiché l'onere probatorio è a capo della vittima dello stupro, al fine di dimostrare il fatto e non essere assoggettata alla pena, è necessario il rispetto di condizioni probatorie tassative che sono:

- Confessione chiara, libera e volontaria da parte della persona colpevole. Nel qual caso la persona ritirasse la sua confessione, quest'ultima non è più punibile. La confessione deve essere accompagnata da una dichiarazione del confessore nella quale espliciti che non è soggetto ad alcuna costrizione ed è pienamente consapevole del fatto illecito.

- Testimonianza di quattro testimoni oculari affidabili, di sesso maschile e di fede islamica. Affinché la testimonianza possa essere attendibile, questi devono aver visto l'atto nei suoi dettagli più intimi (penetrazione), quindi l'atto deve essere stato compiuto in pubblico, in modo da ledere il pudore della collettività.

Tale quadrupla testimonianza coranica permette la proposizione dell'accusa di adulterio nei confronti del coniuge, idonea a sottrarsi dall'addebito di calunnia per *zina* nei riguardi di un soggetto ammirevole. Effettivamente non scarseggiano doppie imputazioni e condanne di questo tipo nei confronti di donne destinatarie di abusi sessuali¹². Considerata l'attuale situazione dello Stato iraniano trovo consono soffermarmi con maggiore attenzione su quella realtà, poiché in tale nazione la pena di

¹²L. Scudieri, *Oltre i confini dell'harem*, "cit." pp. 262-270

morte, i processi iniqui, gli arresti arbitrari e le violenze di vario genere accomunano sia le manifestazioni pacifiche sia ogni altra forma di dissenso al regime.

Il vertice dell'attuale ondata rivoluzionaria iraniana è causato dalla morte della giovane Masha Amini, il 16 settembre 2022. Arrestata dalla polizia morale e trattenuta in sua custodia perché non avrebbe indossato adeguatamente l'*hijab* (in Iran dopo il 1979 si è imposta con legge l'obbligatorietà del velo) e nonostante le forze armate smentiscano i violenti maltrattamenti dichiarando che il decesso sia avvenuto per malattie preesistenti, secondo la spiegazione più affidabile, si ritiene che i carnefici siano proprio loro. Ma facciamo un passo indietro cercando di descrivere il contesto politico, giuridico ed economico dell'Iran dal quale emerse il significativo movimento delle femministe islamiche che assurge oggi ad un reale carattere intersezionale e transnazionale¹³.

Nell'aprile 1979, dopo un referendum, venne promulgata la Repubblica Islamica teocratica dell'Iran quale forma di governo prescelta. Pochi mesi dopo, sempre a seguito di un referendum, vi fu l'approvazione della costituzione tutt'ora in vigore, che individua e attribuisce alla "guida religiosa" il potere di determinare lo stato di guerra e di stipula della pace, come la previsione della gestione delle Guardie rivoluzionarie, dell'esercito militare e delle milizie dei *basiji* (un'organizzazione paramilitare che insieme ai primi due corpi armati svolge una funzione di fondamentale rilevanza) ed anche il diritto di veto sulla nomina del capo dello stato. Oltre a quest'ultimo la frammentazione istituzionale, gerarchicamente subordinata alla "guida religiosa", si completa con il parlamento e gli organi religiosi del Consiglio dei Guardiani, dell'Assemblea degli esperti e del Consiglio per il Discernimento. La rivoluzione khomeinista comportò l'apice dello scontro tra Stato e *ulama* (il clero) consegnando il potere ai medesimi capi religiosi, che già in passato e con esito positivo, si opposero ad un governo di tipo laico¹⁵. Il cambio della forma di governo e il superamento della legislazione plurisecolare Pahlavi accompagnano il ripristino della tradizione sciaraitica giarafita quale religione ufficiale statale. La tipicità del regime iraniano consiste, più che nel recupero dei principi della *Shari'a* - per un'adeguata disciplina dei rapporti sociali che di fatto in questo stato pare assai distante - nella sovra ordinazione del potere religioso, affidato all'*Ayatollah* (il sostituto terreno di Dio), rispetto al potere politico-legislativo (si tratta della dottrina

¹³A. Tortolini, *Zan, zendegi, azadi. Una protesta annunciata che scuote le fondamenta della Repubblica Islamica*, in «scuoladiculturapoliticafrancescococco», 2022

¹⁵D. Scolart, *L'islam, Il reato, La pena*, "cit.", pp. 327-329

del *vilayat-i faqih*). Trattasi anche di una caratteristica esclusiva poiché è il solo paese islamico moderno a prevedere tale distribuzione giuridico-organizzativa. «[...] La sovranità di Dio sulla terra è esercitata dai suoi rappresentanti, cioè il clero sciita, che riduce considerevolmente l'autonomia normativa del Parlamento [...]» sul quale vigila il Consiglio dei Guardiani, formato da 12 giureconsulti di cui 6 clericali e 6 laici, con un giudizio di compatibilità parametrata sui supposti principi islamici assunti dal suddetto paese.

Nel 1979 vennero istituiti i tribunali rivoluzionari limitatamente agli omicidi posti in essere a sostegno del sistema politico Pahlavi o allo scopo di opprimere i cittadini, per le fattispecie di detenzione illecita e tortura, alcuni gravi reati economici, ribellione armata, terrorismo, distruzione delle installazioni militari, spionaggio in favore di potenze straniere, furto a mano armata nonché per i delitti connessi al traffico e consumo di stupefacenti. Alle decisioni definitive ed inappellabili del tribunale rivoluzionario, nel 1981 vennero assoggettati anche i delitti sessuali e altri reati *hudud*, sanzionati con la lapidazione e l'amputazione degli arti¹⁶. Sull'attuale Codice penale iraniano, che è stato condensato nel 1991, sulla quale si segnala a riguardo la critica legislativa del Consiglio dei guardiani per mancata conformità alla *Sharia* -circostanza sbloccata da un esplicito intervento di Khomeini - si suddivide in 5 libri.

Il primo stabilisce precetti generali, come la non imputabilità del minore, mentre il secondo è diviso in 8 capitoli e concerne gli *hudud* riguardanti la materia sessuale. Lo *zina* prevede la pena della fustigazione o della lapidazione a seconda dello stato coniugale del colpevole e la prova del fatto non diverge consistentemente da quella in precedenza descritta. Se il reo si è reso autore sia di fornicazione che di adulterio subirà sia la fustigazione che la lapidazione e l'uomo condannato alla lapidazione sarà sepolto sino alla vita mentre la donna sino al petto. Qualora la prova sia fornita tramite confessione, il giudice scaglierà la prima pietra; se la prova si basa sulla testimonianza le prime pietre sono lanciate dai testimoni ai quali susseguono il giudice e il pubblico che presenza all'esecuzione (quantomeno tre soggetti). L'articolo 104 della costituzione stabilisce la dimensione delle pietre, grandi non eccessivamente in modo da non uccidere il reo con pochi colpi, ma non così leggere da essere definite sassi. La fustigazione del fornicatore prevede che egli sia nudo, tranne le parti intime, ed in piedi mentre la donna è seduta e rivestita con abito leggero. Anche l'omosessualità è sanzionata con la pena di

¹⁶*Ivi*, pp.329-331

morte e la disciplina lascia al giudice l'individuazione del metodo esecutivo, mentre il lesbismo è punito con cento colpi di frusta ma alla triplice recidiva interviene la pena capitale. In caso di furto si procede al taglio delle dita della mano destra tranne il pollice; al secondo furto è prevista l'amputazione del piede sinistro; al terzo la reclusione perpetua ed al quarto la pena di morte. In generale al brigantaggio, inteso come la violazione armata dell'ordine pubblico che è declinabile in diverse sotto fattispecie, corrispondono a discrezione del magistrato l'impiccagione, la crocifissione, l'amputazione degli arti opposti o l'esilio. Il terzo libro disciplina il taglione per omicidio e lesioni ed il quarto le norme concernenti la *diyya* per i delitti di sangue. Il quinto prevede i reati non coranici tra cui rientrano la bestemmia nei confronti del Profeta e degli *imam* sciiti. Come parzialmente anticipato si aggiunga la previsione del divieto per le donne di uscire in mancanza degli indumenti islamici, compreso l'*higab*.

Ci s'interroga sulla probabile violazione del principio di legalità: l'articolo 638 del Codice penale sancisce che chi commette un peccato in pubblico debba essere sanzionato in conseguenza della sua trasgressione. Eppure non si è in grado di definire quale sia o non sia un peccato. Da ciò discende l'impossibilità, a *priori*, di stabilire la liceità o meno di un determinata condotta. Il dubbio, secondo la Corte Suprema, dovrebbe esimere il giudice dall'incriminazione e l'articolo 167 della costituzione impone al giudice, anche in caso di lacune o contraddittorietà normativa, di pronunciarsi sul caso¹⁷.

La trasformazione economico-politica dell'Iran comporta gradualmente una reazione della popolazione, soprattutto a partire dalla morte di Khomeini (1989). Il periodo antecedente, coincidente con la guerra "Santa" tra Iraq e la Repubblica Islamica (1980-1988), consente il potenziamento del regime «[...] grazie alla retorica del mito dei martiri caduti difendendo la patria durante l'invasione irachena» e al culmine dello scontro bellico conseguono le prime proteste interne. La chiusura forzata di riviste ritenute avverse al governo, poiché corriere di presunti principi ostili ed incompatibili, determina come risposta una consistente manifestazione di carattere non trasversale ad opera degli studenti di Teheran nel 1999. La prima grande manifestazione di massa dell'epoca moderna è realizzata a seguito dei brogli elettorali che determinano la rielezione di Ahmadinejad il 12 giugno 2009. Il candidato "sconfitto" Hosseini Mousavi, i suoi fautori ed il verde quale segno della sua campagna elettorale sono gli emblemi

¹⁷Ivi, pp. 331-335

della genesi del Movimento Verde (che sorse a Teheran per poi estendersi) e che sin da subito subisce una tremenda repressione da parte dei *basiji*¹⁸. Basta pensare all'omicidio della studentessa Neda Agha Soltan, vittima di un proiettile proveniente proprio dal suddetto corpo paramilitare mentre si limita a guardare la manifestazione. L'incriminazione governativa nei confronti dei partecipanti alle manifestazioni è di collusione con l'occidente e di tradimento verso la patria, accusa connotata da una soppressione violenta e da arresti arbitrari che si estendevano non solo ai diretti manifestanti. Tale movimento, espressione della prima vera scissione tra cittadini e istituzioni religiose, connotato dal motto "where is my vote?" lamenta la violazione della forma di governo semipresidenziale e dell'esistenza auto conservativa e fine a sé stessa del regime. La lontananza tra il sistema khomeinista ed il popolo aumenta gradualmente sia a causa della condizione di deprivazione delle donne e delle plurime violazioni dei diritti umani, poste in essere in particolare dalla polizia morale, sia dall'aggravamento della situazione economica, dovuta ad una redistribuzione del denaro nei confronti delle varie forme di organizzazioni religiose a danno dei cittadini. Nel 2017-2018 comincia «[...] a svilupparsi un movimento per l'abolizione della legge sull'obbligatorietà del velo del 1979», grazie al gesto di una ragazza che si leva il velo a Teheran. Nel Bloody November, in base al calendario iraniano, si svolgono ulteriori proteste civili dovute al rincaro dei prezzi del carburante, ancora una volta brutalmente represse con l'utilizzo di tecniche e armamenti militari. La più che discutibile gestione sanitaria dell'emergenza Covid-19 e la politica in materia idrica contribuiscono ad un ulteriore degradamento economico. Tra il 2019 ed il 2021 si concretizza il consolidamento organizzativo dei movimenti di protesta e l'anno successivo, con l'uccisione di Mashsa Amini, essi assumono una valenza internazionale con lo scopo di reclamare i propri diritti e la fine dell'oppressione del regime degli Ayatollah. Lo *slogan* "donna, vita e libertà" alla base delle manifestazioni pacifiche del Movimento Verde,

[...] che è il simbolo delle proteste a cui stiamo assistendo ed è particolarmente importante, perché racchiude l'essenza di una lotta ormai pluridecennale che non coinvolge più solamente l'Iran. L'età media dei manifestanti si aggira intorno ai vent'anni, testimoniando ancora una volta quanto le generazioni nate sotto la Repubblica Islamica non solo non ne condividano le basi ideologiche, ma siano cosce di tutta una serie di criticità ormai insanabili. Il movimento di protesta non solo è

¹⁸A. Tortolini, *Zan, zendegi, azadi*, "cit"

realmente trasversale e coinvolge pressoché la totalità degli strati della popolazione, ma ha dei caratteri transnazionali e si colloca anche nell'ottica dei movimenti intersezionali¹⁹.

In conclusione, tornando alla correlazione tra pena di morte e *Shari'a*, trovo che varie società e culture, pur generalmente riconosciute come musulmane esprimano convinzioni e forme di organizzazioni differenti, collegate intrinsecamente alle loro dinamiche sociali e culturali. Nei paesi "re-islamizzati" si denota una certa strumentalizzazione interpretativa e di fatto stigmatizzante della *Shari'a*, comportandone una forte attrazione mediatica idonea a dissimularne le reali intenzioni, seppur è innegabile la previsione della pena capitale come sanzione nel sistema di giustizia penale. A ben vedere la pena di morte è obbligatoria per una circoscritta categoria di trasgressioni con la previsione di rigorose condizioni di applicabilità come di alternative legali. Non contemplata dal *Corano* per le fattispecie di adulterio e apostasia, è applicata da alcuni paesi sulla base di *hadith* apocrifi che a differenza di quelli autentici non possono essere considerati al pari del *Corano*. La suprema fonte islamica prevede esplicitamente che se il pentimento conseguente al crimine è connotato da sincerità e lealtà, la punizione non dovrebbe essere inflitta. Il ravvedimento non può essere accolto se dettato dal timore della pena e dall'inconsapevolezza dell'errore. Si tratta di un fondamentale principio coranico che non è né adeguatamente valorizzato né conseguentemente incorporato nel diritto positivo di alcuni stati che si definiscono "re-islamizzati". La religione è strumentalizzata per la legittimazione di atroci sanzioni come di ferree repressioni imposte da politici autoritari²⁰.

Inoltre le violenze, in particolare quella sessuale, rispondono a principi tradizionali ed ancestrali utilizzati dal dispositivo patriarcale al fine di impedire l'emancipazione femminile, a favore del mantenimento della brutalizzazione della condizione delle donne e della loro estromissione dalle cariche pubbliche assegnate alla gerarchia del genere maschile. Di fatto si attua un processo di mascolinizzazione non solo dell'islam ma anche di Dio. Allo scopo di valorizzare la libertà responsabile e la ragione umana trovo sensato richiamare l'approccio interpretativo dinamico delle femministe islamiche volto al recupero della tradizione giuridica *mu'tazalita*. Esse evidenziano il peculiare legame tra diritto e religione - concettuale, giustificativo ed interpretativo - fondato sullo

¹⁹*Ivi*

²⁰A.A, An-Na'im, *La pena di morte*, "cit." p. 9

speciale rapporto tra *jihad* maggiore, ovvero l'ottemperanza ai cd. Cinque pilastri dell'Islam, e *ijtihad*, quale sforzo interpretativo della *Shari'a* idoneo a produrre il *fiqh*. Il risultato dell'*ijtihad* è «[...] la legge umana, la quale può dirsi perfettibile in virtù della “perfettibilità” della fede, della pratica del *jihad* maggiore». L'altra filosofia morale presente nel periodo di formazione giuridica dell'Islam è quella ash'arita che, è vigente tutt'ora e che ha soppiantato già nell'VIII secolo d. C. la corrente mu'tazilita. Quest'ultima, a differenza della prima, accoglie sia la «dottrina della creazione del Corano» sia un'interpretazione evolutivo-intenzionalista rivolta a ricercare nello spirito della norma la ragione umana e quella divina²¹.

3.- Pena capitale e capitalismo avanzato: il caso degli Stati Uniti

La pena di morte s'inserisce perfettamente nel circuito democratico statunitense, è sancita nel quinto e quattordicesimo emendamento ed è disciplinata da 14 dei 50 stati della repubblica federale (Alabama, Arkansas, Carolina del Sud, Dakota del sud, Florida, Georgia, Idaho, Mississippi, Missouri, Nebraska, Oklahoma, Ohio, Tennessee, Texas)²². Nel 2021, rispetto al passato, si registra (tramite l'impiego di statistiche ufficiali) un importante decremento del numero di condanne a morte (18) ed esecuzioni (11), nonostante la cifra di persone detenute nel braccio della morte risultasse piuttosto elevato (2.382 persone)²³.

A livello statale, è con l'omicidio di primo grado che si rischia la condanna capitale, omicidio inteso come premeditato, solitamente accompagnato da un ampio novero di circostanze aggravanti delle quali almeno una deve concretizzarsi (per esempio rapina, stupro, violenza fisica) ma, talvolta, è punibile indipendentemente dal fattore aggravante. Ancora, alcuni stati ritengono condizione sufficiente l'omicidio intenzionale, semplice o aggravato o, infine, reati meno gravi, che quasi mai, almeno recentemente, vengono perseguiti. A livello federale la pena di morte è applicabile nel caso di omicidio di primo grado commesso in circostanze particolari e per i reati di

²¹L. Scudieri, *Oltre i confini dell'harem*, “cit.” pp. 191-204

²²Pena di Morte negli Stati Uniti d'America, https://it.wikipedia.org/wiki/Pena_di_morte_negli_Stati_Uniti

²³Rapporto di Amnesty international sull'uso della pena di morte nel mondo, 2021, <https://www.amnesty.it>

violenza sessuale, atti di terrorismo, dirottamenti aerei e traffico di droga su larga scala²⁴. In passato il catalogo di reati era decisamente più vasto e ricomprendeva le ipotesi di adulterio, sodomia, stregoneria e parecchi altri crimini di matrice religiosa. Solitamente, come evidenziato in precedenza, le esecuzioni avvenivano in luogo pubblico e con il metodo dell'impiccagione. Durante l'Ottocento gli effetti delle riforme "umanitarie" dell'illuminismo giuridico penale europeo avevano trovato risonanza anche negli Usa. Sin dalla Convenzione di Filadelfia si era sviluppata una corrente abolizionista guidata da Benjamin Rush e condivisa anche da Benjamin Franklin e Thomas Jefferson, sull'onda *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria.

Tra il 1840 e il 1850 gli stati del Michigan, del Wisconsin e del Rhode Island optarono per l'abrogazione della pena di morte, con netto anticipo quindi rispetto ai paesi europei. Negli stati che la mantennero, la percentuale di esecuzioni cominciò gradualmente a diminuire, registrando nella prima metà del Novecento una media totale non superiore a poche decine all'anno. Nel 1967 venne stabilita una moratoria generale delle esecuzioni e nel 1972 la Suprema Corte, nella causa *Furman versus Georgia*, sancì l'incostituzionalità della pena di morte o, meglio, delle modalità con cui veniva amministrata, considerata crudele e inusitata. Essa violava anche l'uguaglianza giuridica dei consociati, poiché dalle indagini statistiche, si evinceva che determinate categorie di persone, specialmente gli afroamericani e le donne -come sottolinea l'autrice Hilary Potter nel testo *Intersectionality and Criminology* - erano i principali destinatari della pena capitale. Quattro anni dopo, nella causa *Gregg versus Georgia*, la Corte Suprema, che nel frattempo aveva mutato la composizione dei suoi membri, sentenziò in direzione contraria affermando la piena legittimità della pena capitale. Ciò comportò un'ampia ripresa nella prevalenza degli Stati (Texas, Virginia e Florida *in primis*), di esecuzioni e condanne a morte e di conseguenza la riproposizione di macroscopiche discriminazioni tra soggetti bianchi e neri. In base ai dati forniti dall'indagine statistica di Amnesty International:

dal 1977 ai primi mesi del 2003 sono stati giustiziati 290 afroamericani e cioè più di un terzo della cifra complessiva delle esecuzioni (843), mentre la popolazione nera è non supera il 12% della popolazione totale. Nel 2003 i neri in attesa di esecuzione erano addirittura il 40% del totale. Inoltre, nel periodo 1977-2003, bianchi e neri, sono risultati vittime di omicidi in numero pressoché equivalente, ma l'80% delle esecuzioni capitali ha riguardato l'uccisione di un nero.

²⁴Death Penalty Information Center, 2014, <http://www.deathpenaltyinfo.org/crimes-punishable-death-penalty#BJS>

Inoltre non si può ignorare che la maggioranza degli individui detenuti nel “braccio della morte” appartengono alle fasce più deboli e vulnerabili²⁵. Nel «pensiero marxista», la condizione del “proletariato” nell’ambito della società capitalista e le carenze strutturali societarie sarebbero la causa della devianza. Marx intende sottolineare la natura criminale del capitalismo in quanto sistema e sostiene che l’unica via per emancipare la collettività dalla delinquenza coincida con la soppressione dell’impianto capitalistico. Inoltre, nelle *Teorie sul plusvalore*, evidenziando il farisaismo con cui si osservano le condotte “anomale”, egli ricorda le conseguenze positive per la comunità dal compimento di tali comportamenti in sintonia con la visione foucaultiana. Esse sarebbero positive in due accezioni, sia per quanto attiene alla suddivisione del lavoro, sia per quanto concerne il progresso di altri mestieri, favorendo così la ricchezza nazionale: «Il delinquente produce inoltre tutta la polizia e la giustizia criminale, gli sbirri, i giudici, i boia, i giurati ecc., e tutte quelle differenti branche di attività che formano altrettante categorie della divisione sociale del lavoro, sviluppano differenti facoltà dello spirito umano, creano nuovi bisogni e nuovi modi di soddisfarli». Willem Bongers, confrontando in ottica determinista la criminalità del sottoproletariato con quella borghese accomunate dall’ideale capitalistico, afferma che quest’ultimo tenda a generare egoismo, indebolendo il sentimento sociale e limitando lo sviluppo umano²⁶.

Le teorie di ispirazione marxista di Rusche e Kirchheimer muovono dalla prospettiva dell’interdipendenza tra condizione dello sviluppo economico e forme di esecuzione della pena. Fondamentale è il richiamo della modificazione della pena a seconda delle trasformazioni storiche. Essi individuano nel mercato del lavoro il fattore esplicativo della variazione della modalità punitiva: «sostengono che quando nel mercato del lavoro si registra una pressione sul versante della domanda, quindi la forza-lavoro è scarsa, allora il valore della forza-lavoro tenderà ad aumentare e la pena avrà la funzione di preservare e reintegrare i soggetti incarcerati o puniti destinandoli al lavoro coatto. Viceversa, quando l’offerta di manodopera è abbondante, la politica penale non ha alcun interesse a preservare la forza-lavoro e le pene assumeranno forme malthusiane».

²⁵D. Zolo, *La pena di morte divide l’occidente*, in «Il Mulino-Rivisteweb», 2007, fasc.2, pp.17-18

²⁶F. Prina, *Devianza e criminalità*, “cit.”, pp. 135-137

Le oscillazioni del mercato del lavoro determinano sia la politica penale, da adottare da parte dei governanti, sia le condizioni di vita dei lavoratori²⁷.

L'appartenenza alle fasce economicamente più fragili è uno dei principali motivi dell'alto tasso di errori giudiziari – in tal caso ovviamente irrimediabili – poiché non potendo avvalersi di un difensore di fiducia, sono difesi da un avvocato d'ufficio, solitamente giovane, con poca esperienza e scarse motivazioni. Più che trattarsi di uno strumento di giustizia penale sembrerebbe uno strumento di «pulizia sociale». Gli strumenti esecutivi odierni, seppur con differenze selettive fra i singoli stati, sono: iniezione letale, camera a gas, sedia elettrica, ipossia da azoto e fucilazione. Dal 1977 al 2003 si registrano 677 esecuzioni tramite iniezione di veleno, 150 con il metodo della sedia elettrica, 3 mediante impiccagione, 11 con la camera a gas e 2 con la fucilazione. Definirli metodi umanitari è a dir poco un eufemismo. «Sono numerose e ben note le testimonianze di esecuzioni prolungate e rese 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. Sembra accertato che l'iniezione letale a base di bromuro di curaro lasci la vittima cosciente, imprigionata dal suo corpo paralizzato e agonizzante»²⁸.

Garland argomenta come le esecuzioni siano un esempio pratico di contraddizione culturale. I rituali di morte tradizionali che comprendevano processioni elaborate, cortei, oggetti di scena, rituali e discorsi, erano eventi altamente culturali, influenzati da credenze religiose e sociali e dall'esigenza di giustiziare i vivi. Oggi il momento dell'esecuzione assume una forma completamente diversa. Le esecuzioni non avvengono più in pubblico, come secoli fa, o nel cortile della prigione, come avviene oggi con le impiccagioni. Al contrario, la pena di morte – nell'ambito del “giusto processo” – viene eseguita in una zona appositamente chiusa del carcere, la camera della morte, ed è per lo più sottratta al pubblico. Il procedimento americano di esecuzione attuale ha una certa similitudine con i trattamenti medici; di conseguenza gli effetti sensazionalistici e propagandistici cercano di essere ridotti al minimo. La via dell'iniezione letale è il quinto metodo esecutivo adottato negli Stati Uniti in poco tempo: è stata considerata come la

²⁷L'opera è stata originariamente pubblicata nel 1939, ma la sua diffusione è avvenuta solo trent'anni dopo al momento della riedizione. G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 45

²⁸D. Zolo, *La pena di morte*, “*cit.*”, pp.18-19

tecnica più appropriata. Gli altri metodi di esecuzione sono descritti dai loro sostenitori come indolori, umani e diretti. Tuttavia, l'iniezione letale fa un ulteriore passo avanti e “raccomanda” l'esecuzione come una procedura medica, in quanto uccide il detenuto somministrando il veleno per via endovenosa mentre è legato al letto. In questo caso si mistifica la brutalità dell'uccisione umana, più evidente in altri metodi esecutivi, con un effetto apparentemente terapeutico in cui la camera di esecuzione viene ridisegnata con connotati nosocomiali e il famigerato boia viene sostituito da paramedici e infermieri. A parere del giudice federale Stephen Reinhardt, detta procedura medicalizzata è considerata un mandato costituzionale che impone agli Stati rispettosi dei principi attinenti al “giusto processo” di eliminare gli aspetti violenti, degradanti e brutali dell'esecuzione sostituendoli con un metodo, scientificamente testato e approvato, per terminare la vita con procedure mediche, in un ambiente medico neutrale²⁹.

Fu Robert Blecker, favorevole alla pena capitale, che fece osservare che «la scena finale nella camera dell'esecuzione assomiglia alla scena finale di una casa di riposo [...]. I medici non dovrebbero venire coinvolti nella somministrazione dell'iniezione letale, il modo in cui uccidiamo le persone che odiamo non dovrebbe mai essere simile al modo in cui alleviamo il dolore alle persone che amiamo». Un giornalista texano che ha assistito ad un ampio numero di esecuzioni ha notato che: «L'atto è molto clinico, quasi deludente». Sebbene l'esecuzione in sé sia eseguita da un medico, il processo che la precede è interamente burocratico. Ogni fase del processo è accuratamente e previamente determinata e viene registrata e documentata man mano che prosegue. I protocolli esecutivi degli istituti penitenziari prevedono che «il registro riporti l'ora esatta in cui avviene ciascuno dei seguenti eventi: il prelievo del soggetto condannato dalla cella di detenzione; il momento in cui il soggetto condannato è legato al lettino; l'ultima affermazione fatta dal soggetto condannato; la lettura del giudizio e del mandato di incarcerazione da parte del direttore; il segnale da parte degli esecutori che le sostanze letali sono state somministrate; la determinazione esatta del momento del decesso del soggetto condannato attraverso la lettura dell' ECG da parte di persona designata e qualificata».

²⁹D. Garland, *Peculiar Institution*, 2012 trad. it, *La pena di morte in America: un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, Il Saggiatore, Parte Seconda, Milano, 2013, Versione Kindle, posizione 1508 a 1613

Tale trattamento medico “terapeutico” si allinea perfettamente con il dispositivo bio-medico foucaultiano come tipico strumento della forma di governo “disciplinare” fondata sul binomio potere-sapere. La funzione strategica del dispositivo bio-medico foucaultiano ha la finalità di circoscrivere gli elementi eterogenei del rapporto sorveglianza-punizione delimitando a sua volta gli effetti simbolici e pre-simbolici su cui si articolano i rapporti di potere. Si tratta di una manipolazione o una stabilizzazione razionale dei rapporti organizzativi intesi come un insieme assolutamente eterogeneo che implica discorsi, istituzioni, strutture architettoniche, decisioni regolative, leggi, misure amministrative, enunciati scientifici, proposizioni filosofiche, morali e filantropiche. In tal contesto, l'utilizzo di apparecchi della medicina odierna (lettini, siringhe, flebo, sedativi) crea un processo che ha poco a che fare con la natura retributiva delle esecuzioni³⁰.

Lo scopo principale di tali procedure esecutive – che non sempre viene realizzato – è quello di ridurre al minimo la sensazione di dolore visivo, uditivo e olfattivo e di eseguire la condanna a morte imposta dal tribunale in modo competente, efficiente e “umano”. Le esecuzioni moderne si concentrano sulla rapidità e sull'efficienza. Ad assistere all'esecuzione non sono i cittadini comuni, ma una decina di persone tra funzionari, giornalisti, famigliari del condannato e delle sue vittime, che non osservano alcun che fino a quando il sipario non viene aperto e il reo, già disteso sul letto e clinicamente preparato, è pronto a morire. Le autorità richiedono ai testimoni dell'esecuzione di impegnarsi formalmente a «non fotografare o fare alcun'altra registrazione visiva o sonora dell'esecuzione», ordinando l'arresto degli eventuali trasgressori. Al termine dell'avvenimento le autorità rilasciano una breve dichiarazione formale e ne danno copia ai reporter per il rapporto. Soltanto in caso di imprevisti la narrazione si allunga. Diversamente, la pubblicità è ridotta al minimo e tutto è controllato. Le pubbliche autorità provano ad ogni modo a mitigare gli effetti dell'esecuzione, evitando accuratamente gli aspetti sensazionali e spettacolari. Tuttavia, questo obiettivo è spesso vanificato dal dramma associato all'atto della pena capitale. Quando l'aspetto essenziale è la dissuasione di aspiranti criminali o l'espressione del sentimento comune, la sanzione dovrebbe ricevere la massima pubblicità. Sembra contraddittorio che in un processo che produce ardore pubblico, agitazione e dispute in ogni fase del suo svolgimento, quella dell'esecuzione sia predisposta per creare un

³⁰Ivi, “cit.”, posizione 1613 a 1688

effetto opposto. Tutto ciò appare insolito in una società televisiva e mediatica come la nostra. Ci sono delle contraddizioni nel dibattito sulla pena di morte. La pena di morte è percepita come l'espressione di una condanna severa e di una punizione appropriata per illeciti penali di una certa gravità. Tuttavia, il modo in cui questi sentimenti vengono espressi, eticamente condivisi e articolati, è disciplinato da regole non scritte.

Specialmente è decisamente vietato esprimere pulsioni di manifesta soddisfazione vendicativa per la condanna a morte. Un'eccezione a questo divieto è rappresentata dalla facoltà, per i familiari e gli amici della vittima, di esprimere tali emozioni. Tuttavia è questa l'anomalia che rinforza l'ordinarietà. I funzionari pubblici devono contrastare la convinzione che la loro condotta sia generata dalla vendetta. Similmente diversi legislatori, procuratori, magistrati e il personale penitenziario, prestano preoccupazione nel riportare la vicenda con toni adeguati e formali, evidenziando che non c'è nessun godimento particolare in questa pratica. La comunicazione pubblica e formale è neutrale, umana e minimizzatrice dell'afflizione. Tuttavia, nell'ombra, s'intravedono emozioni livorose e di eccitamento³¹.

Quale spiegazione sociologica, etica e politica può essere data alla situazione di singolarità americana? Con quest'ultima locuzione intendo riferirmi alla constatazione che gli Usa siano l'unica democrazia occidentale in cui si presenta una robusta inclinazione politica sostenuta da un ampio consenso popolare, propensa al favor per la pena capitale. Rispondere è cosa ardua e non è casuale che nel territorio americano sia in corso un vivace dibattito teorico e politico.

Frankling Zimring ritiene che, dal 1977, la sanzione capitale sia stata proposta con ampio riconoscimento dai suoi sostenitori come un elemento essenziale della giustizia penale, come un interesse compensativo per le vittime, i familiari di queste e per l'intera società e non come una sgradevole espressione del potere pubblico. La distanza dal diritto penale di matrice europea - a suo parere - sarebbe attribuibile ad un fattore tipico della cultura americana, in particolare dei paesi del sud, la cosiddetta "*vigilante tradition*", ovvero la prassi di "farsi giustizia da sé". A riprova di ciò si pensi alla relazione tra il numero di linciaggi e il numero di esecuzioni posti in essere negli stati del sud. Tra il 1882 e il 1968 si è avuta notizia di circa 5.000 linciaggi. Di questi, 3.500 hanno riguardato persone nere, e lo stesso destino è toccato altresì ad un discreto numero di ebrei ed italiani. «Ed è inoltre accertato che i paesi che detengono il primato omicida

³¹Ivi, "cit.", posizione 1688 a 1728

e razzista del più alto numero di linciaggi sono il Mississippi (540 di etnia nera e 40 di etnia bianca), la Georgia (490 di etnia nera e 40 di etnia bianca), il Texas (350 di etnia nera e 140 di etnia bianca), la Louisiana (335 di etnia nera e 55 di etnia bianca) e l'Alabama (300 di etnia nera e 50 di etnia bianca)». Forse la pratica del linciaggio, collegata alla diffusione del razzismo insita nella tradizione americana, può essere una possibile spiegazione. Ma come sostiene David Garland, per meglio comprendere le ragioni del perché la pena di morte sia ancora applicata in tale contesto, può essere utile soffermarsi, più che sul passato, sul presente, cercando di interpretare il contesto attuale, ragionando da un lato sull'incisività del populismo e dall'altro sulla posizione di supremazia economica, politica e militare, qualificata con ampio consenso come neoimperialista³².

«Il populismo può essere declinato in varie accezioni: come ideologia che concepisce il “popolo” e la sua volontà politica superiori all'*elite*, alle istituzioni, ai rappresentanti di queste e alle norme che promanano; come stile politico, indipendentemente da un orientamento vero e proprio, manifestato in un'invocazione generale di cambiamento che il *leader* politico è bravo ad intercettare, proponendosi come eroe e portavoce, scavalcando i canali istituzionali e rivolgendosi direttamente ai sostenitori. Infine, come populismo penale, attraverso l'uso strumentale, durante i comizi elettorali, di tematiche legate alla pena di morte». Le sfaccettature esasperate del populismo sono uguali e contemporaneamente diverse, negli stati degli Usa³³. La radice americana di quest'ultimo è antica, si pensi alla fondazione del *populist party* e, perciò, frequentemente vari protagonisti della politica statunitense ricorrono alla strumentalizzazione delle pulsioni comuni dei consociati, come la rabbia o la paura, rivolte soprattutto verso i gruppi monopolistici, interessi composti ed *élite* di ogni tipo³⁴.

In aggiunta si consideri la peculiare forma di governo, federale e presidenziale, caratterizzata da particolare sistema di bilanciamento dei poteri, *check and balances*, predisposta col fine di ponderare l'equilibrio istituzionale. Di fatto ciò comporta uno spostamento delle principali competenze a favore dell'autonomia locale dei singoli stati, a detrimento del governo federale che eccezionalmente decide di imporre stravolgimenti

³²D. Zolo, *La pena di morte*, “cit.”, pp.17-22

³³A. Russo, *La pena di morte tra disumanità della sanzione penale e tentazioni populistiche*, in «disCrimen», 2020, pp. 22-23

³⁴*Ivi*, p. 27

e interventi perentori in materia di politica interna. Il programma federale non confluisce, quindi, con uniformità, nelle politiche statali, comportando disuguaglianze sociali e razziali soprattutto tra territori del sud e del nord. Anche la struttura costitutiva del potere giudiziario risente del sistema di contrappeso *check and balances*. Nei 51 sistemi giudiziari esistenti, la Corte suprema si colloca al vertice, seguita dalle Corti distrettuali e d'Appello e dalle singole giurisdizioni statali. «La giurisprudenza della corte suprema ha stabilito, però, fin da subito, che la competenza del giudice federale non è mai esclusiva ma si sovrappone a quella del giudice statale, a meno che la legge federale disponga diversamente e che esista una presunzione di competenza di quest'ultimo, la quale deve essere superata dalla parte che intenda rivolgersi al giudice federale. Il quadro di queste regole è indicativo di una situazione che vede una discutibile preminenza del giudice statale su quello federale, il cui intervento assume una caratteristica quasi di residualità» con la sola esclusione delle previsioni costituzionali federali che predominano sulle discipline statali. Tali attribuzioni di competenze discendono direttamente dalla costituzione che, assegnando ai singoli stati la materia penale e di polizia, determinano pluralità e disomogeneità di politiche e codici penali. Altrettanto penetrante, in tal contesto, è il ruolo dell'apparato amministrativo. Le nomine politiche influiscono fortemente sulla gerarchia amministrativa all'opposto di ciò che avviene in Europa, comportando una forte dipendenza dai finanziatori. I costi delle campagne elettorali sono tra i più elevati a livello mondiale: il candidato per essere eleggibile deve procedere alla raccolta fondi ottenendo consensi e prevalendo nel proprio collegio elettorale. Moltissimi incarichi pubblici, dal giudice statale, ai procuratori distrettuali, allo sceriffo della contea, al capo della polizia, sono elettivi e quindi politicizzati³⁵. Questa “iperdemocrazia”, fondata sull'accentuazione della partecipazione ai processi decisionali locali, ha comportato una debolezza istituzionale nel quale l'elettorato condiziona completamente l'agenda politica.

Un altro strumento di gestione popolare della giustizia penale americana riguarda la giuria: i membri sono selezionati dalle liste elettorali e sono persone politicamente nominate e non funzionari imparziali. Ciò determina una potenziale disuguaglianza sostanziale (trattare casi eguali in maniera uguale e casi diversi in maniera diversa) e una lesione del principio di certezza del diritto. Poiché nella votazione del collegio è sufficiente il disaccordo di un unico giurato per poter evitare la condanna a morte è già

³⁵*Ivi*, p. 29

successo che in passato, due indagati, autori dello stesso reato e con le stesse modalità, siano stati giudicati diversamente. Pur esistendo procedure idonee a ribaltare il verdetto dei giurati, come l'istanza di appello e la grazia del governatore dello stato, la decisione sulla vita o morte degli individui viene presa da un gruppo di persone senza alcun tipo di competenza, maggiormente suscettibile a determinati tipi di prove legali come la presentazione dell'immagine del cadavere a testimonianza della crudeltà dell'omicida e l'audizione delle dichiarazioni dei familiari che piangono la loro perdita. Il rischio che ne scaturisce è un giudizio emozionale, basato sulla preminenza della fragilità e della pulsione vendicativa³⁶.

La pena capitale opera quindi come un bene che nel conflitto politico può acquisirsi o cedere. Solitamente la condotta antiggiuridica e sociale provoca lo sdegno dei consociati, favorita dalla continua alimentazione dei mezzi di informazione e divulgazione, tramite la “*glamourizzazione*” del crimine, ovvero la sua amplificazione, affiancata all'esecrazione del potenziale colpevole. In tali contesti raramente i fatti vengono analizzati con lettura critica ma come una rappresentazione di una determinata immagine del mondo basata su generalizzazioni, senza l'appoggio di valide prove scientifiche e statistiche, al fine di promuovere incertezze e tensioni nella società, rinnegando di fatto ogni finalità rieducativa della pena. L'esito dell'accertamento della giuria e del giudice è “pronosticato” in via anticipatoria dai programmi televisivi e dai *social network*, in una logica di pura marginalizzazione e denigrazione, disumanizzando il ruolo che l'imputato ha nel contesto giudiziario. Lo schema delineato, come evidenziato nel capitolo secondo, coincide perfettamente sia con il paradigma neopositivista – si pensi al ruolo delle procedure medicalizzate e tecnologiche di gestione, controllo ed eliminazione del crimine – sia al paradigma neoclassico, in cui la politica di “tolleranza zero” diventa preponderante. Questo diritto emozionale di stampo antiggarantista – «si può tranquillamente parlare di crisi del diritto penale di matrice europea ad opera del populismo giudiziario» – è opposto al diritto penale del fatto e offensivo del principio di dignità umana. L'avvallo della pena capitale, negli Usa, assurge a strumento di risollevarlo del morale della maggior parte dell'opinione pubblica – il sondaggio Gallup del 2020 sulla sanzione capitale è indicativo, poiché il 56% degli americani è favorevole al suo utilizzo nel caso di condanna per omicidio –

³⁶ D. Reicher, “*Bureaucracy, Domesticated Elites, and the Abolition of Capital Punishment*”, «in Crime, Law and Social Change», 2010, LII-1

benché di fatto, oggi, l'effettiva probabilità di essere sottoposti ad esecuzione capitale sia piuttosto scarsa o, pur tuttavia, procrastinata nel tempo. Ma l'importante è etichettare il reo³⁷.

Come accennavo in precedenza, un altro elemento di fondamentale importanza risiede nel ruolo di egemonia economico-politica del colosso statunitense. Pensiamo al diritto di veto sancito dall'articolo 27 dello statuto delle nazioni unite. Il Consiglio di Sicurezza, che è l'organo decisionale, si compone di 15 membri, dei quali 5 sono permanenti. Essi sono: Stati Uniti, Russia, Cina, Francia e Gran Bretagna. L'articolo 27 permette a ognuno di questi 5 stati, di bloccare, con la semplice astensione, l'approvazione di una risoluzione in una determinata materia di competenza, come per esempio salute, ambiente e "mantenimento della pace"³⁸. È semplice immaginare come le iniziative internazionali in materia di abrogazione di pena di morte non abbiano avuto esito positivo, essendo contrastate principalmente da Stati Uniti, Cina e dai paesi a maggioranza arabo-islamica. L'abolizione è stata anche invocata facendo leva, chiaramente senza risultati, sulla Convenzione internazionale contro la tortura del 1984. La nozione di tortura da essa prevista, anche per volere degli Usa, respinge che si possa paragonare a questa ogni tipo di sofferenza fisica comminata a seguito di una legittima sentenza di condanna. Nella ratificazione della convenzione gli Stati Uniti si opposero con una specifica riserva sottraendo così, alla disciplina del trattato internazionale, anche i tormenti derivanti dalla pre-esecuzione e dall'esecuzione stessa³⁹. L'attuale guerra in Ucraina ha reso ancor più evidente il limite del diritto internazionale pattizio, poiché il voto negativo della Russia, ovviamente, ha impedito la cessazione della sua iniziativa bellica. Dubbia, sotto il profilo del diritto internazionale, è risultata anche l'aggressione avvenuta nel 1999 alla Repubblica Federale Jugoslava con i conseguenti risvolti geopolitici e umanitari, in contrasto con l'art 51 della Carta delle Nazioni Unite che legittima lo strumento bellico solo come reazione di uno Stato sovrano all'invasione da parte di un altro stato.

In ambito internazionale il tema dell'*universalità del diritto alla vita* non è mai stato sollevato o, forse non lo si è mai veramente voluto prendere in considerazione. «Se una guerra nella quale si usano mezzi di distruzione di massa e si fa strage di migliaia di

³⁷A. Russo, *La pena di morte*, "cit.", pp. 22-25

³⁸S. Occhipinti, *Onu: la Risoluzione per limitare il diritto di veto*, 2022, <https://www.altalex.com>

³⁹D. Zolo, *La pena di morte*, "cit.", pp.16-17

persone innocenti può essere “giusta”, perché non può esserlo l’impiccagione di un assassino?»⁴⁰. Quello che definiamo «globalizzazione» coincide sostanzialmente sia con il procedimento di americanizzazione dell’Occidente sia con l’intento di occidentalizzare il mondo. Sin dalla guerra fredda e dallo scioglimento dell’ex unione sovietica, sono stati in grado di attuare un processo di imposizione economico, militare ed anche linguistico. Non è una coincidenza che la dottrina della «guerra giusta», di tradizione cristiana e imperialista, venga riproposta attualmente proprio nel dibattito politico culturale statunitense, e che essa sia stata affermata come tale e come conflitto preventivo dal Presidente Bush contro l’«asse del male», ovvero i “*rogue state*” e il terrorismo globale. È una strategia sostenuta dall’incrollabile certezza che la forza, in particolare quella delle armi, possa e debba essere messa al servizio del bene: il patibolo e la guerra sono gli strumenti di un potere che si sente provvidenzialmente al centro del mondo e al di sopra del mondo». Secondo il sociologo e antropologo Loic Wacquant, vi sarebbe un’interdipendenza tra la liberalizzazione economica e l’iper-regolazione penale: il non investimento sociale comporta un *surinvestissement* carcerario, e le prigioni, non diversamente dalla pena capitale, hanno una funzione di incapacitazione e annientamento degli individui devianti. La strumentalizzazione del realismo di sinistra, delle oligarchie politiche e del sentimento di insicurezza affiancati dalla marginalizzazione sociale, dalle disuguaglianze giuridiche, sociali, razziali, evidenziano una situazione di complessità e divisione: «È il mondo di Guantánamo, di Abu Ghraib, di Bagram, di Polj-Charki, dell’aberrazione carceraria e della pena di morte».

Giungendo al termine è possibile sostenere che attualmente gli Stati Uniti sono bendisposti alla pena di morte perché tale istituto è congruente con la concezione repressiva e con l’esigenza funzionale di una super potenza che si è declinata in una struttura neo-imperiale, con aspirazioni egemoniche globali. Il neoimperialismo può essere definito come la versione moderna dell’imperialismo, costituita dalla superiorità economica e tecnologica, nel contesto della globalizzazione⁴¹. Lo stesso Max Weber, considerato uno dei fondatori della sociologia moderna, nonostante non si sia occupato della tematica della pena di morte, in una delle sue opere fondamentali, *l’Etica protestante e lo spirito del capitalismo*, offre un importante contributo che è irriducibile al contesto puramente novecentesco e permette di comprendere su che basi il potere

⁴⁰*Ivi*, p. 23

⁴¹*Ivi*, pp. 28-30

politico riesca a legittimarsi creando forme di consenso, con specifico riferimento alla società capitalistica occidentale. Egli sosteneva che la dottrina calvinista sia alla radice del capitalismo poiché la determinazione nella vocazione religiosa ha comportato una crescente dedizione per il lavoro. Nelle massime etiche di Benjamin Franklin echeggia la filosofia dell'avarizia capitalistica: "il tempo è denaro", "il credito è denaro", "il denaro ha una natura feconda e fruttuosa". Per Weber le "idee" o, meglio, l'etica protestante, ribaltando la prospettiva marxista, determinerebbero la struttura economica e non viceversa, come invece ritiene il materialismo storico da lui definito ingenuo. La peculiarità dello "spirito del capitalismo" non è tanto la ricerca del profitto, sempre esistito in ogni periodo storico, quanto la «valorizzazione razionale del capitale nell'impresa e l'organizzazione capitalistica razionale del lavoro». Il momento di evoluzione da una fase all'altra è raffigurato dal mutamento della concezione del lavoro, determinato dalla riforma calvinista. Per mezzo del termine *Beruf* si concretizza il transito dal lavoro per il soddisfacimento dei bisogni primari al lavoro come finalità ultima dell'azione umana. Il merito di Weber consiste nell'aver individuato, nel contesto occidentale, il subordinamento del fattore economico a quello ideologico. Di conseguenza egli evidenzia il pericolo di una politica degli ultimi uomini governata da «una pietrificazione meccanizzata adornata da una specie di convulso desiderio di sentirsi importante» con la conseguenza di un possibile sconfinamento nel cinismo.

L'idea di fondo è che l'agire politico abbia subito un transito progressivo – piuttosto che un passaggio senza residui – da una logica di senso (la politica come strumento di costruzione o difesa di identità definite dalla relazione a idee o valori regolativi) in direzione di una logica tecnico economica (problem solving) incentrata sull'assolutizzazione di un fine condiviso di natura biopolitica: la ricerca individuale di una felicità declinata in termini di benessere, di incremento di denaro e potere (o che ha, comunque, nell'incremento di denaro e potere la sua *conditio sine qua non*) e di massimizzazione della libertà individuale, al tempo stesso come condizione indispensabile per l'inevitabile declinazione individuale della ricerca della felicità e come risorsa strategica per l'acquisizione di denaro e potere in contesto concorrenziale e competitivo (neoliberalismo).

Credo che la ricostruzione weberiana possa essere ben impiegata per un possibile spunto volto alla rielaborazione del concetto di democrazia. Alla luce della crisi della democrazia rappresentativa tradizionalmente intesa e ai rischi derivanti dal populismo, essa andrebbe purificata da ogni infezione demagogica ancorandola alla tolleranza

religiosa, all'integrazione, al dialogo fra differenti culture, ad un atteggiamento avverso sia alla forza, che al disprezzo e all'emarginazione del "difforme"⁴².

⁴²D. D'Andrea, a cura di, *Max Weber oggi Ripensando politica e capitalismo*, DSDPS Università degli studi di Firenze, 2015, pp. 1-7

Riflessioni conclusive

La storia della pena capitale trova origine, verosimilmente, con la nascita dell'umanità. Nell'antichità la sua prima testimonianza scritta risale al Codice del sovrano Hammurabi del XVIII secolo a.C. Nel testo giuridico-religioso paleobabilonense, ancor prima che nella cultura romana e greca, compare il germe della concezione retributiva della pena, ovvero la c.d. legge del taglione, la cui descrizione è richiamata sovente nella dizione “occhio per occhio, dente per dente”, con la quale la persona danneggiata o in caso di omicidio i membri del gruppo di appartenenza, infliggevano all'offensore un danno proporzionato all'offesa provocata. Nell'antica civiltà greca, la nozione di “giustizia penale” coincideva con la vendetta privata, un dovere morale-sociale che si trasmetteva di generazione in generazione e che aveva la funzione di ripristinare l'onore perduto. La rinuncia ad esercitarla, in una società basata su schemi comportamentali coincidenti con il volere divino e valutazioni fortemente stigmatizzanti, causava vergogna e perdita della reputazione. Progressivamente nella democratica città stato ateniese, con la prima legislazione draconiana risalente al 621-620 a.C., comincia ad allentarsi la “la cultura dell'ira”: furono proprio gli ellenici a interrogarsi per primi sulla funzione della pena in Occidente, affermando l'utilità di essa, utilizzando la terminologia oggi invalsa, sulla base della prevenzione, generale e speciale, e dell'emenda, causando uno scontro ideologico tra gli antesignani delle moderne teorie retrospettive e prospettive. Anche nella cultura romana si fece vasto impiego della pena capitale, seppur con intensità diversa a seconda della forma di governo vigente. Il lungo novero dei supplizi capitali romani, solo per citarne alcuni, comprendeva: decapitazione, precipitazione, impiccagione, vivicombustione, *damnatio ad bestias*, crocifissione, morte preceduta da sodomizzazione, mutilazioni e altre cruente pene corporali. Particolarmente significative, a mio avviso, la *poena cullei* e la condanna ai giochi gladiatori. Nella prima si eseguiva un rituale solenne, intriso della sfera magico sacrale – non diversamente dalla maggior parte delle pene menzionate – in cui il parricida, prima fustigato e dopo collocato all'interno di un sacco sigillato con una vipera, un cane, un gallo e una scimmia, veniva gettato nel Tevere. La logica societaria romana – non così diversamente da alcuni contesti odierni a cui a breve mi riferirò – si fondava principalmente sul modello patriarcale che, in ambito familiare si declinava nella *patria potestas*. L'uccisione del *pater familias* era una condotta estremamente grave e la conseguente crudele e insolita sanzione appena descritta svolgeva la funzione

di attestare la supremazia dell'autorità dominante con la compensazione del male causato. La condanna ai giochi gladiatori, che era uno spettacolo avente un peso politico e sociale non indifferente, era idonea a rappresentare perfettamente la manifestazione del potere e della vendetta, al quale si aggiungeva una terza funzione, il divertimento del popolo.

Il fine del mio elaborato non mira a stabilire una graduatoria di violenza fra determinate civiltà, peraltro di difficile attuazione in quanto il sistema di percezione della violenza è correlato al contesto socio-giuridico di riferimento e di conseguenza ai modelli comportamentali elaborati da ogni società. Mi è parso utile, invece, analizzare i fattori socio-giuridici che influiscono sull'opportunità della pena di morte. Si tratta di un istituto che è stato promosso o abbandonato a seconda delle convinzioni culturali, politiche e religiose. Con riferimento all'etica religiosa occidentale i due codici fondamentali presenti e in conflitto tra di loro sono da un lato quello delle leggi mosaiche del Levitico che impone frequentemente il ricorso alla pena di morte, e dall'altro il comandamento biblico e poi evangelico "non uccidere". Interpretando alcuni passi delle Sacre Scritture emerge come l'ideologia complessiva sia fondata sulla virtù della mitezza e del perdono. Ma dal punto di vista dell'effettività, la chiesa – considerando anche che l'abolizione della pena di morte nello stato del Vaticano è avvenuta solo nel 1969 e formalmente nel 2001 – più che diffondere il principio della misericordia delle offese ha offerto, per molto tempo, una legittimazione sostanziale all'uso della pena capitale. Nell'epoca classica medievale la chiesa cattolica delinea il modello giurisdizionale inquisitorio e pur delegando l'esecuzione al potere laico, giunge ad un'interpretazione del Vangelo esasperata ove si accetta l'uccisione quale misura di giustizia. La riorganizzazione del diritto penale a salvaguardia del credo cattolico è confermata dall'introduzione del reato di eresia, assimilato al *crimen* pubblico di Lesa Maestà poiché considerato un oltraggio alla religione e di conseguenza alla comunità. Si aggiunga la *Summa* teologica di San Tommaso D'Aquino, una messa a punto del superamento del comandamento divino non uccidere. La metafora del medico, che per salvare la vita all'infermo con un arto infetto ed irrecuperabile, taglia utilmente la parte malata, giustifica la secondarietà e trascurabilità del singolo individuo rispetto all'interesse o al bene comune. Al trasgressore condannato a morte per i suoi peccati era concessa la possibilità, con il perdono ricevuto, di salvare eternamente la sua anima accettando la sua colpevolezza. Per la prima volta la distinzione tra reato e peccato venne fornita da Cesare Beccaria che tutt'ora, a 250 anni dal momento della stampa del suo, ai

tempi inconsueti, libello denominato dei *Dei delitti e delle pene*, è probabilmente il giurista di maggior fama dell'esperienza giuridica europea. L'attribuzione del carattere laico al delitto comportò, nel 1766, l'inserimento della sua opera nell'indice dei libri proibiti dalla Chiesa Cattolica. Ma gli ideali illuministici, giusnaturalistici e le motivazioni razionalistiche, umanitaristiche e utilitaristiche del suo pamphlet furono tali da influire gradualmente – già nel 1786 Pietro Leopoldo D'Asburgo sancì nel Codice penale toscano, seppur per breve tempo, l'abolizione della pena capitale (oltre al divieto di tortura) – sulle argomentazioni contemporanee alle quali si riallaccia l'orientamento abolizionista della cultura europea e nordamericana.

Con l'unificazione del Regno Italia, il dibattito sulla pena di morte costituì il problema fondamentale dell'uniformità legislativa. Il percorso italiano fu lungo e travagliato e nemmeno l'entrata in vigore della sua Costituzione – 1° gennaio 1948 – ne ha consentito l'abrogazione in via assoluta. L'approdo si è raggiunto nel 2007 con la modifica della Costituzione tramite apposita legge costituzionale del 2 ottobre, che ha soppresso definitivamente l'eccezione dell'art 27 comma 4. A parer mio, l'immenso traguardo di civiltà giuridica consistente nella suddetta abrogazione dell'istituto è stato parzialmente mitigato dall'introduzione della pena dell'ergastolo in sua sostituzione, modifica che non ha comunque superato le problematiche relative ai possibili profili di illegittimità costituzionale della pena perpetua. In *primis* per la sua natura intrinseca connotata all'eterno, la privazione della libertà a vita comporta l'alienazione di qualsivoglia speranza dell'ergastolano. L'inciso sulla funzione rieducativa della pena, nell'accezione di reinserimento sociale, è un'evidente contraddizione con il carattere permanente della pena. I paralogismi della Cassazione e della Corte Costituzionale, volti ad aggirare la natura perpetua del carcere a vita, negando l'essenza sempiterna sulla base di alcuni istituti, quali grazia e liberazione condizionale che se applicati la renderebbero non-perpetua, comportano una disparità di trattamento, violando anche il principio di uguaglianza sostanziale, in quanto le condizioni di ammissione alla liberazione condizionale e ai vantaggi disciplinati dalla legge Gozzini sono connotati non solo da ampi margini di discrezionalità ma persino dalla benevolenza o meno dei magistrati di sorveglianza. Tale discriminazione, dovuta all'applicazione di norme soggettivamente elastiche, viola a sua volta un'ulteriore fondamentale garanzia del sistema penale moderno, ovvero il principio di stretta legalità delle pene. L'ergastolo si ravvisa incompatibile anche con il principio di proporzionalità, alla luce del quale la sanzione applicata deve rapportarsi con la gravità della condotta. La ragione decisiva è il

disinvestimento sociale nei confronti del trattamento della devianza, dove il potenziale reinserimento dell'individuo è ostacolato, come visto, dall'inadeguatezza di una ragionevole valutazione sulla conformità della legittimità dell'ergastolo al principio costituzionale di risocializzazione della pena. La mancata o parziale presa in considerazione di sanzioni efficaci e costituzionalmente conformi, come adeguate forme di risoluzioni pecuniaria collegate a politiche di *diversion*, deistituzionalizzazione e depenalizzazione, lasciano spazio all'applicazione di politiche penali – ad opera di alcuni legislatori europei e statunitensi – fondate su certi aspetti dei paradigmi classico e positivista.

Tali approcci attuati tramite campagne mediatiche semplificate e generalizzate, oltre ad essere strategicamente vicini all'opinione pubblica poiché fanno leva sul disdegno, l'allarmismo e false aspettative, combinano, in un'ottica di tolleranza zero, la funzione retributiva della pena con la medicalizzazione dei comportamenti dei devianti.

Nel circuito della repubblica federale statunitense, dove è risonante l'esistenza dell'antinomia rispetto ad altri stati occidentali parimenti liberali e democratici, la pena di morte è disciplinata da 14 dei 50 stati. Nonostante le statistiche ufficiali del 2021 registrino, rispetto al passato, un importante decremento del numero di condanne a morte (18) e di esecuzioni (11) il numero di persone detenute nel braccio della morte risulta piuttosto elevato (2.382 individui). L'istituto in oggetto opera in tal contesto come un bene che può essere acquisito o ceduto nella contrattazione politica e tenuto conto che il sondaggio Gallup del 2020 ha rilevato che il 56% degli americani è favorevole al suo utilizzo in caso di omicidio, il ruolo del populismo penale diviene strumento fondamentale del leader politico per l'acquisizione del consenso elettorale. Emerge come questa tecnica di propaganda politica unita all'ardore e al clamore mediatico del processo in ogni fase del suo svolgimento sia in contraddizione con il procedimento esecutivo, predisposto per creare un effetto opposto. Il risultato, quando il metodo esecutivo è l'iniezione letale (gli altri strumenti esecutivi, con differenze selettive fra i vari stati, sono camera a gas, sedia elettrica, ipossia da azoto e fucilazione) assomiglia ad un trattamento "terapeutico" definitivo e burocratizzato che si allinea perfettamente con il dispositivo bio-medico foucaultiano. Le esecuzioni non avvengono più in pubblico e la camera di esecuzione viene ridisegnata con connotati nosocomiali dove il famigerato boia è sostituito da paramedici e infermieri. Di fatto oggi l'effettiva probabilità di essere sottoposti ad esecuzione capitale negli Stati Uniti è tendenzialmente scarsa o, tuttavia,

procrastinata nel tempo ma ciò che sembra importante è etichettare il presunto trasgressore come colpevole già prima della sentenza di condanna.

Si consideri anche il non dimostrato effetto deterrente della pena di morte. Nonostante la pluralità delle indagini statistiche e delle metodologie esistenti emerge una discordanza dei risultati raggiunti. Nonostante gli esiti statistici esaminati mi facciano propendere sull'affermazione che la violenza generi ulteriore violenza, si rileva una certa inattendibilità della validità dei suddetti studi scientifici che, a maggior ragione dovrebbe valere per le implicazioni politiche che presentano come certo l'effetto deterrente della pena capitale. Tale inattendibilità è dettata da una molteplicità di fattori individuali ed ambientali dell'azione umana, che non essendo suscettibili di generalizzazioni, impediscono, allo stato attuale delle scienze sociologiche, criminologiche, psicologiche e giuridiche, la traduzione in formule matematicamente affidabili del comportamento umano. Un altro elemento di fondamentale importanza consiste nel ruolo di egemonia economica, politica e militare del colosso statunitense. La concezione di un sistema capitalistico avanzato è idonea a poter comportare un'interdipendenza tra la liberalizzazione economica e l'iper-regolazione penale: il non investimento sociale comporta un *surinvestissement* carcerario, e le prigioni, non diversamente dalla pena capitale, hanno una funzione incapacitante e di annientamento degli individui devianti. Le criticità emergono dalla sua declinazione neoimperialistica e non è una coincidenza che la dottrina della "guerra giusta", di tradizione cristiana, venga attualmente riproposta proprio nel dibattito politico culturale statunitense.

Essa è stata sponsorizzata dal Presidente Bush come misura necessaria in quanto preventiva del conflitto contro l'"asse del male", ovvero gli "stati canaglia" e il terrorismo globale. La strumentalizzazione delle oligarchie politiche affianca il costante aumento delle disuguaglianze giuridiche, sociali e razziali evidenziando una situazione di complessità e divisione: è il mondo dei gulag dei nostri tempi, di Guantanamo, di Abu Ghraib, di Bagram, di Polj-Charki, un buco nero per i diritti umani funzionale alla "guerra globale al terrore". Su questo mutamento dell'agire politico è significativo, con specifico riferimento alla società capitalistica occidentale, il contributo di Max Weber. Nella sua opera intitolata *l'Etica protestante e lo spirito del capitalismo* attribuisce una delle cause della transizione politica alla particolare etica del lavoro calvinista. L'evoluzione della concezione del lavoro ha subito un transito da una logica di senso concepita per il soddisfacimento dei bisogni primari ad una logica tecnico economica condivisa dove la *conditio sine qua non* per la ricerca individuale della felicità è declinata

in termini di benessere, di incremento di denaro e potere, con la conseguenza di un possibile sconfinamento nel cinismo.

Per quanto concerne gli Stati a maggioranza musulmana, la pluralità delle politiche sulla pena di morte non si diversifica significativamente da quella degli altri paesi e si riproduce la tradizionale distinzione fra abolizionisti e mantenitori. Dei circa 50 Stati a prevalenza musulmana solamente sei o sette dichiarano di attenersi ai principi della *Shari'a* nel diritto penale, seppur tramite una particolare dissimulazione interpretativa idonea ad estremizzarne e strumentalizzarne le sanzioni punitive. La maggior osservanza di tale tecnica di “finzione giuridica” si registra in particolare nei paesi che hanno provveduto alla sua reintroduzione, che si definiscono “re-shariazzati”, caratterizzati altresì da un processo di post decolonizzazione. Essi sono principalmente Pakistan, Sudan, Libia, Afghanistan e buona parte della federazione nigeriana. A questi si aggiungono l'Iran e l'Arabia Saudita che, pur non avendo direttamente conosciuto il colonialismo, essendosi sentiti attaccati dal virus occidentale hanno introdotto delle ingenti forme di “resistenza culturale”. I dati inerenti alle cifre di esecuzioni non sono facilmente reperibili poiché si tratta di informazioni frequentemente e ufficialmente segretate da diversi Stati e quindi fornite principalmente da fonti non ufficiali, il che fa desumere che il reale numero di esecuzioni sia decisamente più elevato. Nel 2014 in Iran sono state segnalate 800 impiccagioni, nel 2007 il primato globale è sempre iraniano, seguito da Arabia Saudita e Pakistan. Lo studio delle fonti islamiche, prodromico all'analisi del sistema giuridico-religioso penale, mi ha permesso di desumere, soprattutto nei contesti menzionati, come la loro distorsione comporti soventemente l'indistinguibilità a priori di una determinata condotta tra reato e peccato, violando di conseguenza il principio di legalità. Inoltre, tra gli anni Settanta e Ottanta del Novecento è stata attuata un'esacerbazione delle politiche penali che ha riguardato soprattutto le donne.

Le politiche “anti-zina” contenute nelle *Hudud Ordinances*, redatte in *primis* dallo stato pakistano, hanno comportato la coincidenza tra la fattispecie di adulterio e stupro per mezzo dell'equipollenza dei regimi probatori della confessione e della testimonianza. L'illogica conseguenza è che innumerevoli donne, spesso bambine, destinatarie degli abusi sessuali sono condannate addirittura alla pena capitale per adulterio, mentre i loro violentatori vengono soventemente assolti per carenza di prove. Questa tendenza ossimorica volta a far coincidere la “violenza sessuale” con lo “stupro coniugale”, che origina da una concezione del contratto matrimoniale e da istituti

peculiari quali il ripudio, il divorzio, la poligamia e le politiche sull'obbligatorietà del velo come strumenti aventi natura strettamente sessuale, sottintende l'erronea idea che la donna non possa essere "seriamente" lesa sessualmente, soprattutto quando il rapporto carnale senza il consenso di lei sia posto in essere dal marito¹. In concreto si attua un processo di mascolinizzazione non solo dell'Islam ma anche di Allah che risponde a principi tradizionali ed ancestrali utilizzati dal dispositivo patriarcale al fine di impedire l'emancipazione femminile.

Ma a ben vedere la pena di morte è obbligatoria per una circoscritta categoria di trasgressioni con la previsione di rigorose condizioni di applicabilità come di alternative legali. Non contemplata dal Corano per le fattispecie di adulterio e apostasia, è applicata sulla base di *hadith* apocriefi che a differenza di quelli autentici non possono essere considerati al pari del Corano. La suprema fonte islamica prevede esplicitamente che, se il pentimento conseguente al crimine è connotato da sincerità e lealtà, la punizione non dovrebbe essere inflitta. Si tratta di un fondamentale principio coranico che non è adeguatamente valorizzato né conseguente incorporato nel diritto positivo degli stati che si definiscono "re-islamizzati". Ivi la *Shari'a*, non diversamente dal cristianesimo per molti secoli, subisce una strumentalizzazione interpretativa e di fatto stigmatizzante, comportandone una forte attrazione mediatica idonea a dissimularne le reali intenzioni. Non si può non concludere riflettendo sul valore intrinseco della vita umana, considerando che la pena di morte è misura irreversibile e non consente di rimediare ad eventuali errori giudiziari. L'etica umana, come considerata ai giorni nostri, dovrebbe aborrire la pena di morte come strumento punitivo statale, considerando l'inviolabilità della vita sotto tutti i profili, tra i quali quello giuridico.

¹ L. Scudieri, *Oltre i confini dell'harem, Femminismi islamici e diritto*, Ledizioni, Milano, 2013, pp. 262-270

Riferimenti bibliografici

- Adinolfi, M., *Kant e la pena di morte*, in «Left Wing», 2005, pp. 1-2.
- AP.CM.FR.SN.SS.SG.TE., a cura di, *Tempi del diritto, età medievale, moderna, contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 1-40.
- An-Na'im, A.A., *La pena di morte nel mondo musulmano*, in «Quaderni Jura Gentium – Feltrinelli», pp. 1- 10.
- Audegean, P., *Dei delitti e delle pene: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in «academia.edu», 2014, pp. 1-3.
- Beccaria, C., *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Milano, 1999.
- Bentham, J., *Théorie Des Peines et Des Récompenses*, Chez Bossange et Masson, libraires, rue de Tournon, n° 6; Même maison, No 14, Great Marlborough-Street; Parigi e Londra, 1818.
- Canosa, R., *La pena di morte in Italia: una rassegna storica*, in «Rivista Critica del Diritto», MCMLXXXII, 1982, pp. 33- 35.
- Cantarella, E., *I greci, noi e la pena di morte*, in «SciELO Analytics», MMIX, fasc.32, 2009, pp. 1-4.
- Cantarella, E., *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Rizzoli, Milano, 1996.
- Cavaliere, A., *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in «Archivio Penale», 2018, Fasc.3, pp. 6-10.
- Comune di Bologna, Amnesty International, Università di Bologna, a cura di, *La pena di morte nel mondo, Convegno internazionale di Bologna*, Marietti, Bologna, 1983, pp. 197-216.
- Cortes, I.F., Tasso, M.L., a cura di, *Carcere Risocializzazione Diritti*, Giappichelli, Torino, 2006.
- Da un'intervista apparsa nel 1977 sotto il titolo *Le jeu de Michel Foucault*, ristampata in Foucault, M., *Dits et Ecrits 1954-1988*, tomo III (1976-1979) Parigi, Gallimard, 2004, testo n. 206 (2001) pp. 298-329.
- D'andrea, D., a cura di, *Max Weber oggi Ripensando politica e capitalismo*, DSPS Università degli studi di Firenze, 2015.
- D'Auria, S., *La pena capitale sviluppo storico e prospettive attuali di diritto internazionale*, in «Rassegna penitenziaria e criminologica», XXIV-3, 2014, p. 55-56.
- Di Blasio, M. P., *La forza dirompente de Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, in «Cammino Diritto», MMXV-09, pp. 12-21.
- Ferrajoli, L., *Il paradigma garantista*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016² (1.a ed. 2014).
- Flick, G., *Dalla Leopolda alla Leopoldina. Un passo indietro o un ritorno al futuro?* in «associazione italiana dei costituzionalisti», MMXV-2015, pp. 1-5.
- Garland, D., *Peculiar Institution*, 2012 trad. it, *La pena di morte in America: un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, Il Saggiatore, Milano, 2013.
- Giusti, C., *Parlare contro la pena di morte. Un manuale*, Forlì, edizione riveduta e aggiornata per il Seminario del 22 ottobre 2025.
- Cagnazzo, A., *Trattato di diritto e bioetica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017.
- Guerra, F., *Indagini sull'effetto deterrente*, in «azione dei cristiani per l'abolizione della tortura», pp. 1-7.
- Krause, J-U., *Kriminalgeschichte der antike*, 2004, trad. it. *La criminalità nel mondo antico*, Carocci, Roma, 2006.

- McClintock, A., *Per un'iconologia dei supplizi*, in «Rivista di diritto romano», XV, 2015, pp. 1-3.
- Mereu, I., *La morte come pena*, Donzelli, Roma, 2007³ (1.a ed.1982).
- Moro, P., Attualità e storicità del «*Dei delitti e delle pene*» a 250 anni dalla pubblicazione, in «Edizioni Scientifiche Italiane», MMXV, 2015, pp. 155- 156.
- Musio, S., *L'elaborazione del Codice Rocco tra principi autoritari e 'continuità istituzionale'*, in «ADIR – L'altro diritto –», 1999, pp. 3-4.
- Laurence, J., *Le pene capitali*, Sugar, Milano, 1962.
- Palermo, G., *Pena e vendetta: la linea sottile della reazione sociale*, in «Heliopolis», MMXXI, fasc.1, p. 18-25.
- Pasculli, L., *Rieducazione e pena militare*, Giappichelli, Padova, 2006.
- Prina, F., *Devianza e criminalità*, Carocci, Roma, 2019.
- Rebaudi, G., *La pena di morte e gli errori giudiziari*, Forzani & C, Roma, 1988.
- Reicher, D., “*Bureaucracy, Domesticated Elities, and the Abolition of Capital Punishment*”, in «Crime, Law and Social Change», LII-1, 2010.
- Rusche, G., Kirchheimer, O., *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- Russo, A., *La pena di morte tra disumanità della sanzione penale e tentazioni populistiche*, in «disCrimen», 2020, 22-30.
- Scudieri, L., *Oltre i confini dell'harem. Femminismi islamici e diritto*, Ledizioni, Milano, 2013.
- Schiavone, A., *Storia giuridica di Roma*, Giappichelli, Torino, 2016.
- Spirito, U., *Storia del diritto penale italiano: da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Bocca, Torino, 1932.
- Tavilla, E., *La pena di morte nella cultura penale di diritto romano: fondamenti ed eredità*, in «Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir», MMXV-1, 2015, pp. 54-58.
- Tavilla, E., *Ordine biologico e ordine morale. Appunti sulla riflessione criminologica italiana in tema di pena di morte (sec. XIX)*, in «Historia et ius», MMXVI-10, pp. 3-9.
- Tessitore, G., *Fascismo e pena di morte*, Angeli, Milano, 2007⁷ (1.a ed. 2000).
- Zamparutti, E., a cura di, *Nessuno tocchi caino-La pena di morte nel mondo-Rapporto 2015*, pp. 177-178.
- Zolo, D., *La pena di morte divide l'occidente*, in «Il Mulino-Rivisteweb», MMVII-2, pp. 16-23.

Altri Riferimenti

Amnesty International, *Sudan, stop alla pena di morte per il reato di apostasia*, 2020, www.amnesty.it.

Banca dati, <http://www.nessunotocchicaino.it>.

Death Penalty Information Center, 2014, <http://www.deathpenaltyinfo.org/crimes-punishable-death-penalty#BJS>.

Occhipinti, S., *Onu: la Risoluzione per limitare il diritto di veto*, 2022, <https://www.altalex.com>.

Pace, giustizia e istituzioni solide, *L'apostasia che uccide: in 12 paesi non abbracciare alcuna fede può comportare la pena capitale*, 2017, <https://asvis.it>.

Pena di Morte negli Stati Uniti d'America, https://it.wikipedia.org/wiki/Pena_di_morte_negli_Stati_Uniti.

Rapporto di Amnesty international sull'uso della pena di morte nel mondo, 2021, <https://www.amnesty.it>.

Tortolini, a., *Zan, zendegi, azadi. Una protesta annunciata che scuote le fondamenta della Repubblica Islamica*, in «scuoladiculturapoliticafrancescococco», 2022.