

LA PENA DI MORTE TRA DISUMANITÀ DELLA SANZIONE PENALE E TENTAZIONI POPULISTICHE

Angela Russo



SOMMARIO 1. Breve indagine storica sulla pena di morte. — 2. *Segue:* Dei delitti e delle pene: la peculiarissima lezione di Beccaria. — 3. *Segue:* L'esperienza europea nel dibattito abolizionista tra il XIX e il XX secolo: cenni comparatistici. — 4. Il consolidamento del costituzionalismo su base internazionale e sovranazionale: le conseguenze pratiche e teoriche sulla pena capitale. — 5. *Segue:* a) la tutela del diritto alla vita nella CEDU e nella Carta di Nizza. — 6. *Segue:* b) il modello italiano nelle Moratorie universali sulla pena di morte all'indomani della pronuncia costituzionale del 2007. — 7. Abolizionismo europeo *vs* retenzionismo americano: una "singolarità" nel panorama giuridico occidentale. — 8. La crisi e la contaminazione del diritto penale liberale di matrice europea ad opera del populismo giudiziario. — 9. La pena di morte negli Stati Uniti d'America tra continue istanze politiche, giuridiche e repressive. — 10. Il nuovo e l'antico fascino della (pena di) morte: la necessità della riaffermazione dei valori penali illuministici.

1. Breve indagine storica sulla pena di morte

Il concetto di pena di morte è risalente nel tempo e noto già dalla preistoria, quando, in assenza di leggi scritte, essa veniva irrogata arbitrariamente dai capitribù¹ o alternata all'isolamento, che avrebbe, comunque, segnato il destino del reo; successivamente e per tutta l'età antica, fino al Medioevo, la pena capitale rimase costantemente intrecciata alla superstizione e alla legge religiosa e applicata «specialmente per i reati che offendessero la religione e il buon costume, e quindi per l'idolatria, per l'esercizio della magia e della divinazione, per le bestemmie, per le false profezie»².

Il significato di giustizia veniva confuso facilmente con quello di vendetta³, la difesa non era necessariamente proporzionata all'offesa⁴ e la possibilità di riparare un torto

¹ Si veda, in particolare, S. D'AURIA, *La pena capitale. Sviluppo storico e prospettive attuali di diritto internazionale*, in *Rass. penit. criminol.*, 2014, p. 55.

² R. DE RUBEIS, voce *Pena di morte*, in *Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1908, p. 949.

³ Immediato appare il richiamo a E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, 1° ed., Milano, 2007.

⁴ J. DERRIDA, *La pena di morte*, vol. I (1999-2000), 1° ed., Milano, 2014, p. 28: «nel diritto primitivo si puniva con la morte il più piccolo reato contro la proprietà, in maniera del tutto sproporzionata; e questo segnalava bene che non si trattava di sanzionare o punire questa o quella violazione particolare del diritto, ma di riaffermare o ristabilire di nuovo il diritto, come di stabilire un nuovo diritto».

restituendo il medesimo danno era ammessa dalla “legge del taglione”, primitivo esempio di giustizia punitiva, al quale non si sottrassero, nel cristallizzare i loro dogmi, nemmeno le tre principali religioni monoteiste. La dottrina cristiana, in particolare, inizialmente attraverso le voci autorevoli dei primi padri della Chiesa⁵, poi con l’Editto di Tessalonica che colpiva chi avesse abiurato il cristianesimo, ormai proclamato religione ufficiale, e, infine, nei Concili e nelle bolle pontificie, ai tempi della Santa Inquisizione, riconosceva esplicitamente la pena di morte, specie nella forma del rogo per l’eresia. Nonostante l’imperativo evangelico della mitezza⁶, essa era sostenuta da una serie di giustificazioni che divennero normative per un’intera tradizione teologica⁷, avvalorate dalla persistente confusione tra crimine e peccato: «punire ed espiare significava ripristinare l’equilibrio infranto dal comportamento immorale o illegale, significava restaurare l’ordine naturale, rimettendo in vigore la razionalità immanente della creazione»⁸.

Il sentimento religioso prevalse, almeno fino a quando non venne inglobato nella “ragion di Stato”: l’emergere dei moderni Stati sovrani, infatti, alterò i vecchi meccanismi e le condanne a morte divennero strumento necessario al mantenimento dell’ordine pubblico e all’amministrazione della giustizia⁹, attraverso l’intervento delle corti reali «che impartivano un maggior numero di formalità, in conformità alle regole e alla razionalità giuridica»¹⁰; i bersagli principali furono non più i comuni criminali o gli assassini, bensì coloro che venivano additati come colpevoli di reati politici, quali lesa maestà, tradimento, rivolta e sedizione, tutti costituenti una minaccia alla solidità dell’intero apparato statale.

La spettacolarizzazione delle pratiche connesse alle esecuzioni fu caratteristica tipica degli Stati assoluti che, attraverso l’uso del terrore e della crudeltà, offrivano un

⁵ S. TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, II – II, 64, 2: «se un uomo è pericoloso alla comunità e la corrompe a causa di un qualche peccato, lodevolmente e giustamente lo si uccide per preservare il bene comune».

⁶ Sarà Gesù Cristo ad offrire ai primi cristiani, come riportato in MATTEO, 5, 39, una nuova chiave interpretativa: «avete inteso che fu detto: “occhio per occhio” e “dente per dente”. Ma io vi dico di non opporvi al malvagio; anzi, se uno ti dà uno schiaffo sulla guancia destra, tu porgigli anche l’altra».

⁷ Il Catechismo ufficiale della Chiesa cattolica continuò ad ammettere, fino al 1992 e nei casi di estrema gravità, la pena di morte.

⁸ D. ZOLO, *La pena di morte divide l’Occidente*, in *Riv. Iride, Il Mulino – Rivisteweb*, 2007, p. 242.

⁹ Emblematico J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, 1689: «ritengo che il potere politico sia in diritto di fare leggi che comminino la pena di morte, e conseguentemente tutte le pene minori, per regolare e preservare la proprietà, e di impiegare la forza della comunità nell’esecuzione di queste leggi e nella difesa della società dalle ingiurie che possono venire dal di fuori; e tutto questo al solo fine del pubblico bene».

¹⁰ D. GARLAND, *La pena di morte in America. Un’anomalia nell’era dell’abolizionismo*, 1° ed., Milano, 2013, p.104.

monito al popolo e ai nemici: i traditori venivano torturati, impiccati, decapitati e le loro teste e i loro corpi sventrati esibiti per tutto il regno. Le esecuzioni rispondevano a rituali ben precisi e le modalità si differenziavano in relazione al reato commesso e all'estrazione sociale del condannato. La religione esprimeva, di nuovo, un significato specifico, seppur diverso dal passato, in quanto sembrava quasi che le ultime ore di vita del reo riproducessero i momenti della passione di Cristo. Soprattutto, la folla attendeva, fino all'ultimo, un segno di pentimento o un'implorazione di perdono in punto di morte¹¹.

Quando, in seguito, il potere statale, ancora più marcatamente, si radicò nell'immaginario collettivo, la pena di morte non venne più impiegata soltanto come strumento di repressione ma, soprattutto, per "fare giustizia" (da qui *faire justice* in francese, *giustiziare* in italiano, *hinrichtung* in tedesco), nonostante il concetto di giustizia coincidesse con gli interessi di specifiche classi sociali e non, invece, con l'interesse pubblico generale. Non esisteva, ovviamente, alcun dibattito sull'argomento né alcuna opposizione da parte della popolazione: la pena di morte promanava dall'alto e, sol per questo, era ritenuta vincolante¹². Corollario, dunque, di una società fortemente gerarchizzata non poteva che essere il potere di grazia, rimesso integralmente nelle mani del sovrano o dei suoi funzionari: l'esercizio della clemenza era, a sua volta, simbolo di autorità e prestigio, in quanto intercedere a favore del reo non faceva altro che ribadire come il destino di quest'ultimo fosse rimesso alla decisione dei potenti del momento¹³, ai quali,

¹¹ Sul punto v. D. GARLAND, *op. cit.*, p. 108: «il dramma del patibolo affrontava non solo i temi della criminalità e del rapporto del suddito con il sovrano, ma toccava anche le questioni della morte e della relazione dell'uomo con Dio».

¹² Il processo di formazione e di consolidamento dello Stato moderno fu descritto, nel *Leviatano*, da T. HOBBS come l'unico strumento per uscire dal circolo vizioso del *bellum omnium contra omnes*: era legittimo, infatti, che, attraverso il *pactum unionis*, i cittadini si sottomettessero allo Stato, a condizione che quest'ultimo garantisse l'ordine e la sicurezza di tutti. A posteriori, non stupisce, quindi, che l'uso della pena di morte fosse invalso in queste fasi per scoraggiare gli avversari politici e impressionare la popolazione: il disarmo dei civili, il controllo sulle armi, la predisposizione di apposite licenze, l'abolizione dei duelli ebbero l'effetto di diminuire i livelli di violenza tra privati e, laddove ciò non fu sufficiente, intervenne la pena di morte, che divenne, dunque, parte attiva di questo cambiamento sociale.

¹³ Dello stesso avviso anche J. J. ROUSSEAU che, ne *Il contratto sociale*, giustificò la pena di morte secondo una logica analoga: nel momento in cui il cittadino firma il contratto sociale, cede allo Stato anche il diritto alla vita, poiché la vita stessa diventa un dono sottoposto a limitazione dallo Stato. Quest'ultimo, in virtù della stipulazione di una vera e propria assicurazione sociale, conserva un diritto di vita e di morte sulla popolazione: chi commette un assassinio, infatti, cessa di essere un cittadino, ma diventa un nemico pubblico e, in quanto tale, perde il diritto di essere protetto dallo Stato: «il trattato sociale ha per scopo la conservazione dei contraenti [...]. Chi vuole conservare la sua vita mettendo a repentaglio quella degli altri deve anche sacrificarla per loro quando ce n'è bisogno [...]. Quando il Principe gli ha detto: «è necessario per lo Stato che tu muoia», deve morire. Ciò perché è solo a tale condizione che ha vissuto in sicurezza fino a quel momento e perché la sua vita non è più unicamente

in caso di sopravvivenza, egli sarebbe stato sottomesso ancora più di prima.

Fu la crescente influenza degli ideali liberali a incidere sul modo di intendere il diritto penale e, di conseguenza, sulla definizione dei fatti di reato e sul concetto di pena: dalla Francia, grazie a Montesquieu e Voltaire, si diffusero i principi di libertà e uguaglianza, ai quali doversi ispirare per combattere l'arbitrio giudiziario e per riconoscere la parità di tutti i cittadini davanti alla legge, e che trovarono terreno fertile in Italia, attecchendo per tramite di Cesare Beccaria, le cui idee furono il prodotto dei dibattiti sorti in seno ai circoli degli intellettuali milanesi, in particolare i fratelli Verri, influenzati, a loro volta, dai principi illuministici francesi.

2. *Segue*: Dei delitti e delle pene: la peculiarissima lezione di Beccaria

L'opera di Beccaria¹⁴, utilitaristica e contrattualistica insieme, non può propriamente definirsi giuridica, poiché in essa emerge, piuttosto, una serrata critica nei confronti della giustizia penale dell'epoca, dell'assurdità delle leggi e dell'atrocità delle condanne; Beccaria scelse di porre l'accento sul principio di legalità, sulla base del brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* e, in particolare, su quattro fondamentali concetti, quali l'interpretazione delle leggi, l'oscurità delle leggi, la proporzione fra i delitti e le pene e la prontezza della pena, cui vennero dedicati altrettanti capitoli.

La rigidità e la fissità di un codice di leggi, che si devono osservare alla lettera, consentirebbe di sottrarre i cittadini all'arbitrarietà delle idee di giusto e ingiusto e, soprattutto, alla mutevolezza dell'opinione dei giudici e dei tiranni, poiché le loro azioni verrebbero giudicate esclusivamente sulla base della conformità o difformità alla legge¹⁵;

un beneficio della natura, ma un dono sottoposto a limitazione dallo Stato. La pena di morte inflitta ai criminali può essere considerata all'incirca dallo stesso punto di vista: per non essere la vittima di un assassino si acconsente a morire se lo si diventa».

¹⁴ Dei delitti e delle pene, pubblicato nel 1764, è un breve saggio, capace di rendere Beccaria celebre in Italia e in Europa e anche di suscitare, tra gli intellettuali dell'epoca, animate polemiche, a causa dei temi in esso trattati.

¹⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. speciale per Corriere della Sera, a cura di G. Carnazzi, Milano, 2010, pp. 33 ss.: «quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni»; «se vi fosse una scala esatta ed universale delle pene e dei delitti, avremmo una probabile e comune misura dei gradi di tirannia e di libertà, del fondo di umanità o di malizia delle diverse nazioni. Qualunque azione non compresa tra i due sovraccennati limiti non

allo stesso modo, la chiarezza espositiva di una norma di legge darebbe a tutti la possibilità di comprendere le conseguenze delle proprie azioni, senza che ciò sia privilegio di pochi, ai quali doversi necessariamente rivolgere per l'interpretazione delle stesse, determinando così anche una drastica riduzione dei delitti¹⁶; la giusta proporzione tra delitti e pene, inoltre, sarebbe un incentivo ulteriore per la prevenzione dei reati, dal momento che la prospettiva di un male superiore all'utile ricavabile dal misfatto ne scoraggerebbe la commissione¹⁷; la prontezza, infine, renderebbe la pena molto più utile e giusta, in quanto efficace per gli altri, poiché li dissuaderebbe dal commettere delitti, e meno dura per chi la subisce, altrimenti costretto all'angoscia dell'incertezza¹⁸. A ciò dovrebbero seguire la divulgazione, la conoscenza della legge tra il popolo, la terzietà del giudice, la presunzione di innocenza, la pubblicità dei giudizi e delle prove e, infine, il ripudio delle accuse segrete, a discapito di ogni eccesso di potere¹⁹.

Nel libello di Beccaria, naturalmente, c'è spazio anche per il tema della pena di morte, affrontato dapprima in termini utilitaristici, chiedendosi se essa sia «veramente utile e giusta in un governo bene organizzato»²⁰ e, poi, in termini contrattualistici,

può essere chiamata *delitto*, o punita come tale, se non da coloro che vi trovano il loro interesse nel così chiamarla».

¹⁶ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 35: «se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro, solenne e pubblico un quasi privato e domestico [...]. Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fra le mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni».

¹⁷ C. BECCARIA, *op. cit.*, pp. 37 ss.: «non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al bene pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene»; «un altro principio serve mirabilmente a stringere sempre più l'importante connessione tra l' misfatto e la pena, cioè che questa sia conforme quanto più si possa alla natura del delitto».

¹⁸ C. BECCARIA, *op. cit.*, pp. 71 ss.: «quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso ella sarà tanto più giusta e tanto più utile. Dico più giusta, perché risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza, che crescono col vigore dell'immaginazione e col sentimento della propria debolezza; più giusta perché la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quanto la necessità lo chiede».

¹⁹ Sul concetto di esemplarità è possibile richiamare J. DERRIDA, *La pena di morte*, vol. II (2000-2001), 1° ed., Milano, 2014: «lungi dal dare il buon esempio che dissuaderebbe i potenziali criminali, la crudeltà della pena di morte è un cattivo esempio che incoraggia a spandere sangue come la guerra. Condannando a morte, invece di scoraggiare con l'esempio gli assassini, si incoraggia con l'esempio la crudeltà».

²⁰ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 91.

negando, contrariamente a Rousseau²¹, che possa esistere anche un solo uomo che di sua sponte scelga di donare totalmente la propria libertà e la propria vita in vista del benessere pubblico²²: «chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? [...] E se ciò fu fatto, come si accorda un tal principio coll'altro, che l'uomo non è padrone di uccidersi e doveva esserlo se ha potuto dare altrui questo diritto o alla società intera?»²³. La pena capitale che, nella prima modernità, «era stata espressa nel linguaggio della tradizione, della religione e del diritto divino dei re, nessuno dei quali invitava alla critica e all'argomentazione»²⁴, dal XVIII secolo venne sottoposta al vaglio dell'utilità e dell'argomentazione e si sostenne che, se non si poteva giustificare in questi termini, non avrebbe nemmeno dovuto esistere.

Beccaria, inoltre, pur reputando la pena di morte non dissimile da «una guerra della nazione con un cittadino»²⁵, ne giustificò, comunque, l'utilizzo in due casi, ossia quando il cittadino stesso, seppur privo di libertà, costituisca ancora una minaccia per la sicurezza della nazione e, poi, quando «la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti»²⁶.

La proposta di sostituire la pena capitale con i lavori forzati, ritenuti più dolorosi della morte, in quanto estesi per tutta la durata della vita²⁷, ha impedito di ritrovare in Beccaria un qualsiasi intento compassionevole²⁸ o umanitario, nel senso comunemente

²¹ *Supra*, § 1, p. 4.

²² v. M. P. DI BLASIO, *La forza dirompente de Dei Delitti e Delle Pene di Cesare Beccaria. Il vigore dei canoni ermeneutici scolpiti del più famoso trattato di diritto penale*, in *Giur. pen.*, 2015, p. 21: «il massimo dei beni, quale quello della vita, non potrebbe mai formare oggetto di transazione, non solo perché ritenuto primario, ma anche perché indisponibile, in quanto è sottratto alla volontà del singolo».

²³ C. BECCARIA, *op. loc. cit.*, p. 91.

²⁴ D. GARLAND, *op. cit.*, p. 164.

²⁵ C. BECCARIA, *op. loc. cit.*, p. 91.

²⁶ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 92.

²⁷ C. BECCARIA, *op. loc. cit.*, p. 92: «non è l'intensione della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggero movimento».

²⁸ Si v. in proposito M. P. DI BLASIO, *La forza dirompente de Dei Delitti e Delle Pene*, cit., p. 28: «alcuni autori di formazione cattolica, sostengono che l'abolizionismo di Beccaria non sia del tutto univoco, in quanto né la tortura né la pena di morte sono rigettate con solidi argomenti di principio. Il rifiuto della pena di morte, analogamente a quanto era accaduto per la tortura, si fonda su di una valutazione di operatività ed efficientismo che, per il suo carattere intrinsecamente relativo, non si dimostra idonea a salvaguardare fino in fondo il principio supremo della vita. Inoltre, il reo sembra non essere mai inteso come soggetto, tanto è vero che la non irrogazione della sanzione capitale è condizionata alla sua riduzione o a "bestia di servizio" o addirittura, come suggerivano i coevi, ad oggetto da impiegarsi per rischiosi esperimenti scientifici»; e anche L. GOISIS, *La pena di morte*, in *Trattato di diritto e bioetica* a cura di A. Cagnazzo, Napoli, 2017, pp. 770 ss.

noto durante il Novecento; è presente, piuttosto, la convinzione che i reati debbano essere puniti nella loro veste laica, al fine di «sconfiggere il mito della necessità della pena capitale come massimo deterrente per la protezione della società»²⁹.

Le tesi di Beccaria obbligarono, per la prima volta, i fautori dell'istituto a ricercare una giustificazione da addurre all'utilizzo della sanzione capitale: durante il XVIII secolo, infatti, gli Stati assoluti cedettero il passo agli Stati illuminati, nonché dotati di codici e di apparati burocratici, e il cambiamento che interessò la pena di morte avvenne proprio in questo contesto (tipici gli esempi del Granducato di Toscana, della Prussia e dell'Austria in cui la pena capitale venne abolita o il suo uso ridotto drasticamente). La pena di morte non era più una questione pubblica: iniziava, con un senso di pudore quasi vittoriano, a ritirarsi entro le mura delle carceri e ad essa, nuovamente, venivano preferiti il bando, la deportazione nelle colonie, i lavori forzati e la carcerazione a lungo termine o a vita. Il fine ultimo della pena, nei casi in cui fosse ancora applicata, era la morte in sé, non la sofferenza del condannato; la religione aveva, ormai, perso quel ruolo centrale che ricopriva, in passato, durante le esecuzioni: la pena di morte era stata razionalizzata e, quindi, l'elemento religioso era visto come uno strumento di conforto per il condannato e non più come un simbolo dell'autorità divina, mentre il concetto di ragioni di Stato andava, sempre più, ad appiattirsi fino quasi a scomparire³⁰.

3. *Segue*: L'esperienza europea nel dibattito abolizionista tra il XIX e il XX secolo: cenni comparatistici

Il fervore abolizionista si diffuse, ben presto, nei principali paesi europei e, per tutto il XIX secolo, la pena di morte fu oggetto dei dibattiti di giuristi, filosofi e criminologi.

²⁹ M. P. DI BLASIO, *La forza dirompente de Dei Delitti e Delle Pene*, *loc. cit.*, p. 28; nello stesso senso v. anche J. DERRIDA, *op. ult. cit.*, p. 126: «la prima preoccupazione di Beccaria non è un principio, una bontà compassionevole o il diritto alla vita; è una preoccupazione di efficacia nel mantenimento dell'ordine».

³⁰ Emblematico nello stesso senso D. GARLAND, *op. cit.*, pp. 118 ss.: «i delitti contro la proprietà, i reati morali e i crimini contro la religione non erano più punibili con la morte, che veniva, invece, riservata a reati più seri contro la persona, soprattutto l'omicidio. I suoi bersagli principali erano gli individui che facevano del male agli altri o mettevano a repentaglio la sicurezza pubblica, non quelli che minacciavano lo Stato. Il tradimento rimase un reato capitale come altri crimini contro lo Stato, ma questi erano raramente perseguiti in tempo di pace. La pena capitale veniva impiegata nel nome del pubblico, non come un'espressione del potere sovrano».

Il diritto penale inglese di metà Ottocento era basato su un'idea utilitaristica³¹ che aspirava a realizzare una rigorosa proporzione tra la sanzione e la condotta punita: tale teoria parve suffragata sia dalla nascita di un ceto intellettuale profondamente contrario alla pena di morte, sia dall'istituzione di gruppi di lavoro, in seno al Parlamento, incaricati di studiare possibili miglitorie da apportare all'istituto.

Nei circoli intellettuali di Parigi la causa abolizionista venne perorata, in particolare modo, da Victor Hugo, che, ad essa, dedicò l'intera carriera politica: da deputato dell'Assemblea Costituente, nel 1848, sostenne l'abolizione della pena di morte in materia politica, spendendosi, poi, per l'abolizione pura e semplice che gli venne sempre negata e assegnando una vera e propria responsabilità politica agli scrittori e ai filosofi in tale dibattito³².

La posizione di Dostoevskij, influenzata dalle personali vicende biografiche, emerse chiaramente dalle parole pronunciate da Lev Nikolaevic in un passo³³ di uno dei suoi romanzi più celebri, mentre, in Germania, da una parte, Nietzsche distinse, in una prospettiva tipicamente illuministica, il diritto dalla morale ma, al tempo stesso,

³¹ Sulla questione v. O. VOCCA, *op. cit.*, p. 35: «Jeremy Bentham, ispirandosi a Beccaria, rinvenne il principio informatore del diritto nella ricerca della felicità, che socialmente corrisponde al maggior utile possibile per il più grande numero di individui e per questo predicò il miglioramento delle leggi penali e l'abolizione di qualsiasi arbitrio nell'applicazione delle pene. Quanto a quella capitale, dopo averne soppesato i pro e i contro, la ammise solo se strettamente necessaria e in via eccezionale, sostenendo che altre pene (quali la prigionia perpetua o temporanea, l'interdizione, la destituzione da cariche pubbliche e così via), se ben applicate, sarebbero state molto più efficaci a realizzare la prevenzione della delinquenza e la correzione del reo».

³² Scrive J. DERRIDA (*op. ult. cit.*, p. 137), citando Victor Hugo: «è a quanti scrivono letteratura che spetta di richiamare sia l'inviolabilità della vita umana, sia il rispetto della giustizia al di là del diritto, ed è ad essi che spetta, per eccellenza, trasformare il diritto nel senso di una giustizia più che giuridica [...]. Gli scrittori del XVIII secolo hanno distrutto la tortura; gli scrittori del XIX distruggeranno la pena di morte».

³³ F. DOSTOEVSKIJ, *L'Idiota*, 1869: «il dolore principale, il più forte, non è già quello delle ferite; è invece la certezza, che fra un'ora, poi fra dieci minuti, poi fra mezzo minuto, poi ora, subito, l'anima si staccherà dal corpo, e che tu, uomo, cesserai irrevocabilmente di essere un uomo. Questa certezza è spaventosa. Tu metti la testa sotto la mannaia, senti strisciare il ferro, e quel quarto di secondo è più atroce di qualunque agonia. Questa non è una mia fantasia; moltissimi ci sono che pensano come me. E ve ne dico anche un'altra. Uccidere chi ha ucciso è, secondo me, un castigo non proporzionato al delitto. L'assassinio legale è assai più spaventoso di quello perpetrato da un brigante. La vittima del brigante è assalita di notte, in un bosco, con questa o quell'arma; e sempre spera, fino all'ultimo, di potersi salvare [...]. Ma con la legalità, quest'ultima speranza, che attenua lo spavento della morte, ve la tolgono con una certezza matematica, spietata [...]. Chi ha mai detto che la natura umana può sopportare un tal colpo senza perdere la ragione? A che dunque questa pena mostruosa e inutile? Un solo uomo potrebbe chiarire il punto; un uomo cui abbiamo letto la sentenza di morte, e poi detto: "Vattene, sei graziatto!". Di un tale strazio anche Cristo ha parlato. No, è inumana la pena, è selvaggia e non può né deve esser lecito applicarla all'uomo».

si allontanò dalle idee moderne del libero arbitrio e della funzione rieducativa della pena, sostenendo, invece, che la morte sia per il criminale l'unico mezzo attraverso il quale possa liberarsi dall'umiliazione del senso di colpa, indottrinata dall'uomo dalla morale cristiana³⁴, e guadagnare nuovamente la dignità perduta. Dall'altra, Kant, seppure con qualche eccezione³⁵, ed Hegel furono ispirati entrambi a una concezione retributivo-vendicativa della pena, diametralmente opposta alla teoria preventiva e intimidatrice³⁶, e sostennero la necessità della sanzione capitale.

In Spagna, il nuovo codice penale del 1848 riconobbe, espressamente, i principi di legalità e di proporzionalità della pena³⁷, eppure, in tema di pena di morte, venne conservata la possibilità di fucilare banditi e oppositori politici. Si dovrà attendere il XIX secolo per l'affermazione di una coscienza sociale favorevole all'abolizione della

³⁴ Nell'antichità, prima della nascita e della diffusione del sentimento ebraico e cristiano, la pena si concepiva nel rapporto tra creditore e debitore, tra uomo e uomo. Il trasgressore diveniva debitore e, quindi, era insolvente nei confronti del danneggiato. Il creditore, per ristabilire l'equilibrio perso, si vendicava e il debito veniva saldato attraverso la sofferenza del debitore. La giustizia, basata unicamente sulla legge del più forte, ha in sé qualcosa di puramente irrazionale quanto umano, cioè il piacere di fare del male ad un nemico: l'uomo era crudele, senza vergognarsene. Gli atti di giustizia nei confronti del reo erano, un tempo, degli eventi di festa (roghi, impiccagioni, lapidazioni), dove l'equilibrio aveva modo di ristabilirsi. La morale cristiana, tuttavia, muta essenzialmente il concetto di pena e, mentre, in passato, la pena era fine a se stessa e non andava oltre il dolore fisico, ora, invece, diventa causa prima della colpa e dell'interiorizzazione da parte della coscienza umana. Se prima il rapporto era tra uomo e uomo, ora era tra Dio e uomo; nello stesso senso v. J. DERRIDA, *op. ult. cit.*, p. 200: «il colpo di genio del cristianesimo è di aver operato un passaggio iperbolico al limite della spiritualizzazione e, ad un tratto, di aver rovesciato o finto di rovesciare l'ordine delle cose facendo in modo che fosse il creditore stesso ad offrirsi in sacrificio (via il suo Figlio) per il debitore, per il pagamento del debito del debitore».

³⁵ Nella logica kantiana trovano spazio due eccezioni, quella dell'infanticidio da parte della madre e quella dell'uccisione di un compagno d'armi in duello: in entrambi i casi, la giustizia penale corre il rischio di render vano il concetto di onore, punendolo con la morte, oppure, evitando tale pena, di essere troppo mite.

³⁶ E. CANTARELLA (*op. cit.*, p. 174) rimarca la distinzione tra le teorie retributive e preventive della pena: nella prima ricade, infatti, «la convinzione kantiana, secondo cui il colpevole merita a priori di essere punito perché lo impone l'imperativo categorico della giustizia, e l'idea hegeliana, per cui la pena restaura il diritto negato dall'azione delittuosa del soggetto», mentre nella seconda sono evidenti gli influssi delle filosofie di Beccaria e Feuerbach. Secondo Cantarella, inoltre, la teoria preventiva, nel tempo e, soprattutto, nei sistemi di *Welfare*, si è anche arricchita dell'elemento della risocializzazione, volto al recupero e alla rieducazione del reo, anziché al suo isolamento; nello stesso v. anche J. DERRIDA, *op. ult. cit.*, pp. 186 ss.; D. ZOLO, *La pena di morte divide l'Occidente*, in *Riv. Iride, Il Mulino – Rivisteweb*, 2007, pp. 219 ss.

³⁷ Così F. VECCHIO, *L'Europa e la pena di morte. Comparazione giuridica e strategie abolizioniste*, 1° ed., Milano, 2017, p. 63: «in uno scenario culturale dove la dottrina inizia ad ipotizzare la funzione rieducativa, il Codice, sulla base dell'influenza di Joaquín Francisco Pacheco e di Pellegrino Rossi, opta per un'impostazione eclettica che apre all'utilitarismo penale ma che continua a privilegiare la concezione retributiva dell'esperienza assolutistica».

pena capitale: in questa nuova fase storica, le reazioni militari fedeli alla monarchia non furono più tollerate e, ben presto, la Corona prese definitivamente atto dell'impossibilità di soffocare le ispirazioni liberali e favorì, dunque, la formazione di forze sociali abolizioniste: i risultati furono condizionati dall'essere in minoranza ma, nonostante tutto, il fronte abolizionista riuscì ad ottenere delle riforme volte a rendere meno crudeli le modalità di applicazione della pena e ad ottenere il divieto di pubblicità delle esecuzioni al fine di evitare ogni strumentalizzazione del reo e, infine, anche la frequente attivazione del meccanismo dell'indulto.

In Italia, l'influenza della moderna scienza penalistica, nelle personalità di Pellegrino Rossi, Francesco Carrara e Giovanni Carmignani³⁸, condusse all'approvazione del primo Codice penale unitario (passato alla storia come Codice Zanardelli), il quale, da una parte, cancellò ogni riferimento alla pena di morte, relegandola solo alla legislazione militare e coloniale, dall'altra fissò l'ergastolo come pena più grave.

L'ondata abolizionista del XIX secolo, che investì l'Europa e non solo, si arrestò a causa della crisi dello Stato liberale: le esperienze del fascismo e del nazismo, in cui la morte divenne strumento di politica statale, permisero l'emersione di alcune teorie volte a concepire il reato come violazione di un dovere di fedeltà nei confronti dello Stato, con tanto di negazione sia del principio di legalità che del principio liberale di separazione tra valutazione penale e valutazione politica. Nonostante queste inversioni, la tendenza predominante dell'Occidente contemporaneo fu quella di andare verso l'istituzionalizzazione delle forme liberali di diritto e di governo, che contribuirono fortemente alla nascita di istituzioni democratiche, nonché al consolidamento di politiche sociali e organizzazioni internazionali rivolte alla difesa e al sostegno dei diritti umani. È stato notato³⁹ come, nelle società occidentali del XX secolo, le sensibilità umanitarie

³⁸ In argomento v. E. CARNEVALE, *La questione della pena di morte nella filosofia scientifica*, serie II, vol. XII, Torino, 1888., pp. 46 ss.; F. COLAO, *Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto*, in *treccani.it*, 2012; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 8° ed., Bologna, 2019; O. VOCCA, *op. cit.*, pp. 81 ss.; F. VECCHIO, *op. cit.*, pp. 11 ss. Sul punto, diverso fu l'approccio della cosiddetta scuola positiva, che si identifica, appunto, con il "positivismo criminologico", ossia con l'applicazione del positivismo filosofico anche al campo del diritto penale e della criminologia: Cesare Lombroso, acceso sostenitore del determinismo biologico, sottolineò il ruolo decisivo dei fattori biologici e fisici nella genesi del comportamento criminale e, dunque, la necessità dell'eliminazione degli incurabili e degli incorreggibili, stante l'inutilità della pena detentiva per la massa dei soggetti pericolosi. Anche secondo Garofalo, la pena di morte, applicata a certi delinquenti, non lede il sentimento di pietà, giacché esso non può esistere nei confronti di quegli uomini nei quali non è possibile ravvisare alcuna somiglianza con altri uomini e, anzi, diviene strumento di esercizio della difesa sociale.

³⁹ A tal proposito si consiglia la lettura di R. DE BENEDETTI, *Prefazione a La ghigliottina. Riflessioni sulla pena di morte di Albert Camus*, in *avvenire.it*, 2018; D. GARLAND, *op. cit.*, p. 177 ss.: «i membri

influenzarono i codici penali, nei quali furono proibite forme estreme di violenza fisica e l'omicidio. «In tale contesto, la pena di morte divenne, con il tempo, problematica perché in contrasto con la “politica della vita” e la cultura umanistica che stavano definendo le caratteristiche della società del *welfare*. Allo stesso tempo, la professionalizzazione della politica e della giustizia penale e l'estensione di uno stile più riformatore in quest'ambito esercitarono nuove pressioni sull'istituto della pena capitale»⁴⁰. Numerosi paesi occidentali, sospinti dalle critiche nazionali e internazionali, abolirono l'istituto, sostituendolo con la carcerazione a vita. Anche laddove non era stato abolito, esso subì una battuta d'arresto a causa delle contraddizioni che lo circondavano: per la prima volta, infatti, divennero frequenti i dibattiti sulla sua legittimità e sulla sua utilità come strumento di controllo della criminalità. Tra la fine degli anni Sessanta e i primi anni Ottanta, tutti gli Stati occidentali divennero abolizionisti: i soli «Stati Uniti – o meglio una maggioranza degli stati americani, compreso il governo americano – rappresentavano l'ultima nazione non abolizionista in Occidente»⁴¹.

Il dibattito abolizionista, espressamente sostenuto dalla Chiesa cattolica⁴² e favorito, inoltre, dalle organizzazioni internazionali interessa, oggi, più di due terzi dei Paesi al mondo i quali, per legge o nella pratica, hanno dismesso la pena di morte: in Europa l'unica eccezione è rappresentata dalla Bielorussia, mentre, in generale, la maggioranza delle sentenze capitali viene eseguita in Cina, Arabia Saudita, Vietnam e Iraq. Gli Stati Uniti, tuttora un *unicum* tra gli Stati democratici in Occidente, hanno ridotto il numero delle esecuzioni, in linea con le tendenze più basse degli ultimi anni⁴³.

Le fila del fronte mantentore, invece, sono ingrossate dai Paesi islamici, ossia

della classe dirigente, che una volta consideravano il sacrificio dei delinquenti un aspetto necessario per l'ordine sociale, hanno cominciato a valutare la sofferenza dell'uomo di fronte alla morte. Hanno esteso i loro orizzonti morali e con essi la loro immaginazione morale e la capacità di empatia. Le preoccupazioni umanitarie hanno contribuito a porre fine alle torture e alle esecuzioni afflittive e hanno incentivato la ricerca di tecniche prive di sofferenza. I sentimenti umanitari cambiarono le attitudini dei legislatori, dei giudici e delle giurie, incoraggiandoli a guardare all'essere umano come a un loro simile, mentre in passato lo avevano considerato solo un delinquente di bassa estrazione sociale»; D. ZOLO, *La pena di morte divide l'Occidente*, cit., pp. 219 ss.

⁴⁰ D. GARLAND, *op. cit.*, pp. 126 ss.

⁴¹ D. GARLAND, *loc. ult. cit.*, p. 128.

⁴² È dell'agosto dello scorso anno la notizia della nuova modifica al Catechismo ufficiale della Chiesa Cattolica: Papa Francesco ha approvato una nuova redazione del paragrafo n. 2267, disponendo l'inammissibilità della pena di morte, perché lesiva dell'inviolabilità e della dignità della persona, e impegnandosi con determinazione per la sua abolizione in tutto il mondo. Sul punto v. G. CARDINALE, *Santa Sede. La modifica al Catechismo: «La pena di morte è inammissibile»*, in *avvenire.it*, 2018.

⁴³ Per un maggiore approfondimento su dati statistici e numerici si rimanda al sito internet *nessunotocchicaino.it*

quell'insieme di territori a maggioranza musulmana, in cui, spesso, la fonte principale del diritto è la *Sharia*, la legge sacra dell'islamismo, basata sul Corano e sulla *sunna*. In queste regioni, gran parte dei reati puniti con la pena capitale è legata alla moralità e alla religione⁴⁴.

4. Il consolidamento del costituzionalismo su base internazionale e sovranazionale: le conseguenze pratiche e teoriche sulla pena capitale

All'indomani della Seconda guerra mondiale, complice la volontà di reagire all'esperienza traumatica dei totalitarismi, le grandi potenze hanno manifestato la necessità di rivolgere la loro attenzione alle tematiche relative al rispetto e alla tutela dei diritti umani. Il processo di internazionalizzazione di quest'ultimi ha, infatti, comportato che le questioni riguardanti gli esseri umani non fossero più di esclusiva competenza statale ma si propagassero, invece, su scala globale, soprattutto grazie all'intervento delle organizzazioni internazionali. A posteriori, quindi, appare quasi scontato che il dibattito sulla pena capitale sia stato incanalato, fin da subito, nell'ottica del diritto internazionale.

Prima tappa di questo processo è, senza dubbio, La *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948: essa non menziona espressamente la pena di morte, ma riconosce in maniera estensiva il diritto alla vita⁴⁵.

Appena due anni dopo, nel quadro del Consiglio d'Europa, viene firmata la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il cui art. 2 stabilisce che «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena»: qui, al contrario, la pena capitale è espressamente riconosciuta e ammessa, sebbene solo nei casi in cui sia prevista da una sentenza o da una legge interna. Inizialmente, ben oltre la portata letterale della norma, questa era stata interpretata⁴⁶, poco coerentemente, in termini di compatibilità della pena di morte con la

⁴⁴ Sul punto, tra i tanti, v. S. D'AURIA, *La pena capitale. Sviluppo storico e prospettive attuali di diritto internazionale*, in *Rass. penit. criminol.*, 2014, pp. 68 ss.; S. FLERES, *La pena di morte nel mondo, tra moratoria e resistenze*, a cura di G. Grimaldi, A. Licata, D. Merlino, S. Messina, 2009, pp. 83 ss.

⁴⁵ Si riporta, per comodità del lettore, il testo dell'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona».

⁴⁶ In questo senso, v. J. GARCIA LOCA – P. SANTOLAYA, *Europe of Rights: A compendium of the European Convention of Human Rights*, 2012, pp. 41 ss.

CEDU, avvalorando un'antinomia tra l'art. 2, che avrebbe, secondo tale lettura, legittimato la pena di morte, e l'art. 3, ostativo, invece, al riconoscimento di ogni trattamento disumano.

È necessario, per questo motivo, contestualizzare⁴⁷ tale disposizione nel periodo di riferimento, non dimenticando, infatti, che i maggiori Stati europei hanno intrapreso la via dell'abolizionismo solo a partire dagli anni Sessanta. Successivamente, nel 2010, è stata la stessa Corte di Strasburgo a fornire un'interpretazione evolutiva⁴⁸ dell'art. 2, sul presupposto che il costante rispetto della Moratoria sulla pena capitale da parte degli Stati del Consiglio d'Europa e, in secondo luogo, l'entrata in vigore del Protocollo addizionale n. 13, fossero elementi eloquenti dai quali desumere la volontà di rifiutare la pena di morte.

Il Tredicesimo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione⁴⁹ e la Moratoria universale sulla pena di morte⁵⁰ sono il frutto di un costante dibattito internazionale tra paesi abolizionisti e paesi mantenitori, le cui tappe intermedie, rispettivamente nel 1983 e nel 1989, sono costituite dal Sesto Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea⁵¹ per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dal Secondo Protocollo opzionale al Patto Internazionale sui diritti civili e politici.

⁴⁷ Sull'argomento, fra i tanti, v. F. BESTAGNO, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, Padova, 2012, pp. 36 ss.; v. C. RUSSO – A. BLASI, *Sub. art 2, diritto alla vita*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 36 ss.

⁴⁸ Si fa riferimento alla sent. *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, C. eur. dir. umani, sez. IV, 2 marzo 2010, in cui la Grande Camera ribadisce quanto già sancito dalla pronuncia *Soering c. Regno Unito* del 1989: è necessaria la tutela (anche indiretta) del divieto dei trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU, anche quando quest'ultimi si siano verificati sul territorio di uno Stato terzo, purché l'extradizione, l'espulsione o comunque l'allontanamento siano imputabili direttamente ad uno Stato contraente. In materia v. A. COLELLA, *Dalla Corte di Strasburgo una severa condanna delle "extraordinary renditions"*, in *dir. pen. contemp.*, 2010; C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 Cedu: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *dir. pen. contemp.*, 2012.

⁴⁹ F. BESTAGNO, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 60.

⁵⁰ Dal 1997 ad oggi si sono susseguite diciassette Moratorie Onu sulle esecuzioni capitali: tra queste, la prima a potersi definire universale è stata quella del 18 dicembre 2007.

⁵¹ In merito alle novità introdotte dal Protocollo n. 6, cfr. A. ADINOLFI, *Premier instrument international sur l'abolition de la peine de mort*, in *La peine de mort (Conférence Internationale de Syracuse, 17-22 mai 1988)*, in *Rev. intern. droit. pén.*, 1987, p. 321; F. PALAZZO, *Pena di morte e diritti umani (a proposito del Sesto Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 759 ss.; E. SPATAFORA, *Sul protocollo alla CEDU relativo all'abolizione della pena di morte*, in *Riv. dir. intern.*, 1983, p. 879.

Il primo, all'art. 1, recita: «La pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena, né giustiziato», salvo, poi, disporre, al successivo art. 2, che «uno Stato può prevedere nella sua legislazione la pena di morte per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra».

È abolita, dunque, la pena di morte in tempo di pace, non escludendola, invece, per gli atti compiuti in tempo o in pericolo imminente di guerra; nonostante ciò, l'adesione ad esso da parte dei paesi abolizionisti non è stata vana, in quanto la dimensione della scelta abolizionista ha assunto una rilevanza non solo interna – e ciò ha comportato dei risvolti importanti sotto un duplice profilo: *in primis*, i paesi aderenti hanno rinunciato alla possibilità di mutare successivamente il loro orientamento in modo unilaterale; in secondo luogo, l'entrata in gioco, anche in relazione all'obbligo di abolire la pena di morte, del sistema di garanzie previsto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha fatto sì che il mancato rispetto della scelta abolizionista potesse essere oggetto dell'attività giurisdizionale della corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU)⁵².

Il contenuto del Secondo Protocollo opzionale al Patto Internazionale sui diritti civili e politici è, in buona sostanza, identico a quello del Sesto Protocollo con l'unica eccezione che i paesi che avessero scelto di mantenere la pena di morte, nei casi eccezionali previsti, avrebbero dovuto apporre una riserva già al momento della ratifica.

Il Tredicesimo Protocollo, all'atto della sua entrata in vigore nel 2002, sostituisce i precedenti e sancisce, invece, l'abolizione assoluta della pena di morte⁵³ con grandi ripercussioni a livello globale: la legge costituzionale n. 1 del 2 ottobre 2007 modifica, in maniera integralmente abolizionista, l'art. 27, comma 4, della Costituzione italiana⁵⁴ e, nello stesso anno, è proprio l'Italia a favorire la ratifica della Moratoria universale sulla pena di morte⁵⁵ da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Essa non

⁵² S. D'AURIA, *La pena capitale. Sviluppo storico e prospettive attuali di diritto internazionale*, cit., p. 80.

⁵³ Di seguito si riporta il testo dell'art. 1 del Protocollo n. 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali: «La pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato ad una tale pena né giustiziato».

⁵⁴ Cost., art 27, c. 4: «Non è ammessa la pena di morte»; In argomento, cfr. L. GOISIS, *La revisione dell'art 27, comma 4 della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1680 ss.; A. PUGIOTTO, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in *Quad. cost. Il Mulino – Rivisteweb*, 2011, pp. 573 ss.; A. PUGIOTTO, *Nessuno tocchi Caino, mai. Ragionando intorno alla legge costituzionale n.1 del 2007*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, 2012, Roma, pp. 45 ss.; per una ricostruzione storica dell'*iter* seguito dall'Italia e finalizzato all'abolizione della pena di morte, cfr. M. PISANI, *La pena di morte in Italia (1926-1948)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1 ss.

⁵⁵ *Supra*, § 2, p. 14.

ha un valore giuridico vincolante, in quanto l'ONU non può imporre agli Stati membri l'abolizione della pena capitale, ma ha contribuito ugualmente a determinare l'indirizzo politico dei paesi, fino a quel momento, mantenitori.

L'Assemblea Generale ha sottolineato che l'uso della pena capitale lede la dignità e i diritti dell'uomo e ne ha ribadito la scarsa efficacia deterrente oltre che gli effetti irreparabili nei casi in cui la giustizia commetta degli errori⁵⁶ e, a conferma del percorso abolizionista ormai intrapreso, nel 2016, a distanza di appena nove anni dalla prima Moratoria universale, ha votato una nuova Risoluzione, esortando gli Stati a sospendere la pena di morte e, per la prima volta, «ha riconosciuto il ruolo che svolgono gli organismi nazionali sui diritti umani a sostegno di dibattiti locali, nazionali e regionali sulla pena di morte, così come per la prima volta ha evidenziato la necessità che chi rischia la pena di morte sia trattato con umanità e rispetto della sua dignità secondo quanto sancisce il diritto internazionale in materia di diritti umani»⁵⁷.

5. Segue: a) la tutela del diritto alla vita nella CEDU e nella Carta di Nizza

In occasione della XVI Giornata europea e mondiale contro la pena di morte⁵⁸, il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea hanno ribadito la loro ferma opposizione alla pena capitale, considerata, al pari della tortura e della schiavitù, un trattamento inumano e degradante, privo di qualsiasi effetto deterrente ed esposto ad errori giudiziari irreversibili.

La Carta di Nizza, che in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha assunto il medesimo valore giuridico dei trattati e, dunque, è pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri, riconosce, al capo I, rubricato "Dignità",

⁵⁶ In proposito v. S. D'AURIA, *op. cit.*: «su tali basi: 1) ha espresso la sua profonda preoccupazione riguardo la continua applicazione della pena in esame; 2) ha invitato tutti gli Stati che la prevedono nei propri ordinamenti a – rispettare gli standard internazionali per fornire clausole che salvaguardino la protezione dei diritti di coloro che affrontano la pena di morte; – fornire al Segretario Generale le informazioni relative all'uso della pena capitale e l'osservanza delle clausole di salvaguardia della protezione dei diritti dei condannati a morte; – restringere progressivamente l'uso della pena *de qua* e ridurre il numero dei crimini per i quali è prevista; – stabilire una moratoria sulle esecuzioni al fine di abolire la pena di morte; 3) ha invitato gli Stati che hanno abolito la pena capitale a non reintrodurla».

⁵⁷ AA. VV., *La moratoria ONU sulle esecuzioni capitali*, in nessunotocchicaino.it, 2017.

⁵⁸ Istituita il 26 settembre 2007, la Giornata europea contro la pena di morte si tiene, annualmente, il 10 ottobre: quest'anno, l'attenzione è stata rivolta, principalmente, ai diritti dei bambini, i cui genitori sono stati condannati a morte o giustiziati e sulle conseguenze emotive e psicologiche derivanti da un evento così traumatico.

l'inviolabilità della dignità umana, che deve essere tutelata e rispettata, e vieta la pena di morte, nel pieno riconoscimento del diritto alla vita⁵⁹. Queste previsioni si aggiungono agli art. 2 e 3 della CEDU, la cui lettura in termini di compatibilità con la pena di morte è stata, da tempo, superata in forza di una costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo: l'abolizione nella legislazione o nella pratica è una condizione preliminare per l'appartenenza al Consiglio d'Europa e l'assoluto divieto della pena di morte, in tutte le circostanze, è sancito dai Protocolli n. 6 e n. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶⁰ e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Dopo aver esortato le autorità della Bielorussia, unico paese del Vecchio Continente a mantenere in vigore la pena capitale, a introdurre una moratoria quale passo decisivo verso l'allineamento del Paese alle norme paneuropee, Unione europea e Consiglio d'Europa hanno proseguito il loro appello, rivolgendosi agli Stati in cui la pena di morte è ancora applicata affinché venga commutata in pene detentive e, in ogni caso, affinché venga assicurato il rispetto della dignità umana⁶¹.

Alla luce di tale appello, appare netto il *trend* intrapreso dagli Stati europei negli ultimi decenni, soprattutto in seguito ad una compressione di sovranità determinata dall'azione di un quadro istituzionale sovranazionale che ha consentito di «ancorare i sistemi costituzionali nazionali al più garantista dato normativo offerto dai parametri europei e a depurarli da ogni residuo riferimento che possa offrire copertura alle fattispecie capitali»⁶².

⁵⁹ Seguono le previsioni della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 18 dicembre 2000, rispettivamente agli artt. 1 e 2: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»; «Ogni individuo ha diritto alla vita. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato».

⁶⁰ *Supra*, § 2, pp. 14 ss.

⁶¹ Di seguito, un estratto del comunicato stampa rilasciato dal competente ufficio in data 10/10/2018, in ambriad.esteri.it: «in linea con il diritto internazionale, tali paesi non devono procedere a esecuzioni su minori, donne in gravidanza o persone affette da malattie mentali o disabilità intellettive. Inoltre, non può essere giustificato il ricorso alla pena di morte nei confronti di persone condannate per reati economici o di persone che sono state loro stesse vittime di gravi reati quali lo stupro coniugale e i cui atti – motivati da una reale legittima difesa – provocano la morte accidentale di un terzo. Gli Stati membri dovrebbero astenersi dal sostenere, tramite assistenza giudiziaria reciproca o altre forme di cooperazione, le politiche in materia di droga dei Paesi in cui i reati connessi agli stupefacenti sono punibili con la pena di morte. Gli Stati membri dovrebbero continuare ad adottare misure efficaci per prevenire il proprio coinvolgimento, anche indiretto, nel ricorso alla pena di morte da parte di paesi terzi, ad esempio mediante l'adozione di misure volte a prevenire gli scambi di merci che potrebbero essere successivamente utilizzate per le esecuzioni. In tale contesto, il Consiglio d'Europa e l'UE continueranno a promuovere l'Alleanza globale per porre fine al commercio di merci utilizzate per la pena di morte e la tortura».

⁶² F. VECCHIO, *L'Europa e la pena di morte. Comparazione giuridica e strategie abolizioniste*, 1° ed., Milano, 2017, p. XXXIV.

6. Segue: b) il modello italiano nelle Moratorie universali sulla pena di morte all'indomani della pronuncia costituzionale del 2007

La recente storia italiana della pena di morte è sempre stata trattata in termini abolizionisti, il che costituisce, in realtà, una mezza verità.

Il divieto di pena di morte, sancito dal comma 4 dell'art. 27 della Costituzione italiana, così come entrato definitivamente in vigore l'1 gennaio 1948, derogava, però, a quanto stabilito dalle leggi militari di guerra⁶³ e realizzava un'eccezione al diritto alla vita, nemmeno giustificabile in termini di bilanciamento di un valore rispetto ad un altro, se non ammettendo una contraddizione in termini; irragionevoli erano anche le palesi antinomie tra la norma suddetta e il principio rieducativo della pena stabilito dal comma 3 del medesimo articolo⁶⁴, in quanto la morte, a differenza di altre misure, non potrebbe mai realizzare un programma di rieducazione o di reinserimento nella società del reo.

Altrettanto problematica era la questione dell'extradizione di detenuti che rischiavano la condanna a morte: l'atteggiamento della Corte di Cassazione era ispirato ad una logica conservatrice e, dimenticando che, malgrado l'eccezione delle leggi militari, l'abolizione costituisse la regola generale, essa intervenne⁶⁵, nel 1971, annullando la sentenza con cui la Corte di appello di Palermo⁶⁶ aveva rilevato l'incompatibilità tra il sistema italiano e quello francese, negando la concessione dell'extradizione in favore delle autorità transalpine e, sei anni più tardi, un analogo provvedimento giudiziario della Corte di appello di Trieste.

L'atteggiamento della Corte di Cassazione spinse le Corti di appello di Trieste⁶⁷, Genova⁶⁸ e Torino⁶⁹ ad investire la Consulta della questione di costituzionalità relativa all'extradizione di un soggetto che rischiava di andare incontro ad una condanna a morte. I giudici genovesi lamentarono il contrasto tra l'art. 27 c. 4 Cost. e il Regio Decreto del 30 giugno 1870, n. 5726 (che dava esecuzione agli articoli 1, 2 e 7 del

⁶³ Cost., art. 27, c. 4: «Non è ammessa la pena di morte (se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra)». Le parole tra parentesi sono state, poi, soppresse dall'art. 1 comma, 1 della L. Cost. 2 ottobre 2007, n. 1. L'art. 1 della legge 13 ottobre 1994, n. 589, ha sostituito la pena di morte prevista dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra con la pena massima prevista dal codice penale.

⁶⁴ Cost., art. 27, c. 3: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

⁶⁵ Sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione l'1 giugno 1971.

⁶⁶ Sentenza pronunciata dalla Corte di Appello di Palermo il 24 marzo 1971.

⁶⁷ Ordinanza emessa dalla sezione istruttoria della Corte di Appello di Trieste il 17 febbraio 1977.

⁶⁸ Ordinanza emessa dalla sezione istruttoria della Corte di Appello di Genova il 16 gennaio 1978

⁶⁹ Ordinanza emessa dalla sezione istruttoria della Corte di Appello di Torino il 6 luglio 1977.

Trattato italo francese di estradizione), mentre i giudici palermitani e torinesi invocano come parametri anche l'art. 3 c. 1 e l'art. 10 c. 1 della Costituzione.

La Corte Costituzionale, investita della questione, negò l'incostituzionalità⁷⁰ sulla base del parametro offerto dall'art. 10 c. 1 Cost., riconoscendo, invece, il contrasto tra il Trattato bilaterale e gli art. 3 e 27, non potendo obiettare che anche gli stranieri godessero dell'uguaglianza davanti alla legge e dovendo garantire, al contrario, anche in relazione al diritto alla vita, una parità di trattamento tra cittadini italiani e non italiani. Sulla scorta di queste considerazioni abolizioniste, la Consulta esclude, in ogni caso, la possibilità di dare esecuzione a pene che in Italia, in tempo di pace, non sarebbero mai state applicate⁷¹.

La pronuncia della Corte Costituzionale non risolse, però, tutti i dubbi in materia, perché il governo italiano, negli anni immediatamente successivi, si limitò a stipulare accordi bilaterali che contenevano esclusivamente la clausola sulla necessità delle "garanzie sufficienti"⁷².

Il fermento che agì il diritto internazionale tra gli anni Ottanta e gli anni Novanta condusse il legislatore italiano ad una serie di interventi emblematici: primo fra tutti, in vista della ratifica del Secondo protocollo opzionale al Patto per i diritti civili e politici, la legge n. 589 del 1994, la quale stabilì l'abolizione della pena di morte per i delitti previsti dal Codice penale militare di guerra, abrogando tutte le disposizioni dello stesso Codice e delle leggi militari di guerra che ad essa facevano riferimento e la sostituì con l'ergastolo⁷³.

Nel 1999, nel quadro della regolazione sul trapianto di organi⁷⁴, venne codificata

⁷⁰ Il richiamo è alla sentenza n. 54/1979 emessa dalla Corte Costituzionale il 15 giugno 1979. Per un maggiore approfondimento, cfr., R. D'ALESSIO, *Decreti reali in materia di estradizione*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 415; E. MARZADURI, *Estradizione e pena di morte*, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 418 ss.; D. STRIANI – G. PIZZICOLI, *Estradabilità dall'Italia per i reati punibili all'estero con la pena capitale*, in *Giust. pen.*, n. 3/1980, pp. 53 ss.

⁷¹ È quanto si legge nella sentenza suddetta.

⁷² La clausola delle sufficienti garanzie, che dovevano essere fornite all'Italia da parte dello Stato richiedente, aveva ad oggetto l'inflizione di una pena diversa dalla pena di morte o la non esecuzione della condanna a morte già pronunciata. Si fa riferimento, ad esempio, all'art. IX del Trattato di Estradizione tra Italia e Stati Uniti del 1983. A riguardo, v. P. PISA, *Commento all'art. IX del Trattato di Estradizione Italia Usa*, in *Legisl. pen.*, 1994.; M. PISANI, *Premessa al Trattato di estradizione tra il governo della Repubblica italiana e il governo degli Stati Uniti d'America*, in *Legisl. pen.*, 1984.

⁷³ In argomento v. T. PADOVANI, *L. 13/10/1994 n. 589, Abolizione della pena di morte nel codice penale militare di guerra*, in *Legisl. pen.*, 1995, pp. 369 ss.; F. POCAR, *No definitivo dell'Italia alla pena capitale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/1995, pp. 311-312.

⁷⁴ Legge n. 91 dell'1 aprile 1999.

una norma che, in linea con il rifiuto di concedere l'extradizione in favore degli ordinamenti retenzionisti, consolidò un principio di non collaborazione, specificando il divieto di importazione di tessuti e organi a scopo di trapianto da Stati la cui legislazione prevedesse la possibilità di prelievo e relativa vendita di organi provenienti da cadaveri di cittadini condannati a morte.

Questi interventi del legislatore non si qualificarono, però, come risolutivi, poiché la mancata modifica dell'art. 27 Cost. lasciava ancora aperto il rischio di un ripensamento, che, potenzialmente, avrebbe potuto facilitare in futuro una reintroduzione della pena.

Lo snodo decisivo si registrò nel 2007, quando, grazie al costante stimolo delle organizzazioni internazionali, si creò il clima politico adatto a discutere e ad approvare, sia alla Camera che al Senato, la modifica del comma 4 dell'art. 27 della Costituzione in senso integralmente abolizionista («Non è ammessa la pena di morte»), cancellando definitivamente la riserva, pericolosamente estensiva, della precedente formulazione⁷⁵. L'*iter* di revisione costituzionale ottenne una maggioranza qualificata in tutte e quattro le votazioni parlamentari, scongiurando così il "rischio" di un referendum popolare *ex art.* 75 Cost⁷⁶.

L'abrogazione del comma 4 dell'art. 27 Cost. rese giustizia anche alla più recente giurisprudenza in materia di estradizione e costrinse alla rinegoziazione dei Trattati bilaterali, ben al di là del meccanismo delle sufficienti assicurazioni, subordinando l'extradizione al divieto di inflizione della pena capitale e della necessaria commutazione di quest'ultima in pena detentiva; tali principi vennero considerati validi anche in relazione al divieto di allontanamento dello straniero verso paesi che contemplano la pena di morte.

La legge costituzionale n. 1 del 2007, infine, permise l'adesione dell'Italia al Tredecimo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione e le consentì il riconoscimento della primogenitura storica e della *leadership* politica nella Moratoria universale sulle esecuzioni capitali, di cui lo Stato italiano, appunto, si fece promotore⁷⁷.

⁷⁵ Legge costituzionale n. 1 del 2 ottobre 2007.

⁷⁶ In questo senso, v. I. AMBROSI, *L'abolizione della pena di morte: la modifica dell'art. 27 Cost.*, in *Fam. Pers. e Succ.*, n.12/2007, pp. 1049 ss.; L. GOISIS, *La revisione dell'art. 27, comma 4 della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2008, pp. 1655 ss.; M. SALERNO, *Cancellata la pena di morte dal nostro ordinamento giuridico – Un ampio consenso in Parlamento ha precluso la strada al referendum*, in *Guida*, 2007.

⁷⁷ *Supra*, § 2, p. 14.

7. Abolizionismo europeo vs retenzionismo americano: una “singolarità” nel panorama giuridico occidentale

L’analisi dell’evoluzione della normativa europea in tema di pena di morte sembra suggerire che l’abolizionismo abbia fatto ingresso negli ordinamenti giuridici europei in segno di rottura con le esperienze politiche passate: in realtà, tale assioma è vero solo se si guarda al regime della Spagna franchista e al Terzo *Reich* tedesco; per altro verso, il Regno Unito del primo Novecento o la Francia degli anni Sessanta e Settanta, le cui esperienze di governo possono definirsi totalmente liberal-democratiche, hanno difeso la sanzione capitale per lungo tempo⁷⁸.

In questo senso, del resto, è possibile spiegare il paradosso di una democrazia liberale come quella degli Stati Uniti che continua a sostenere strenuamente il supplizio capitale: «detto altrimenti, più che ad individuare una correlazione tra soppressione della pena capitale e natura liberal-democratica dei regimi, la storia dell’abolizionismo europeo pare funzionale ad una lettura secondo cui, a prescindere dall’adesione ai principi e alle finalità del liberalismo politico, i paesi del vecchio continente sono progressivamente riusciti a circoscrivere gli spazi di applicazione per l’estremo supplizio solo quando, prendendo sul serio le implicazioni del costituzionalismo, hanno sfruttato le situazioni di rottura costituzionale per organizzare le loro istituzioni attorno ad un principio di autentico primato della persona e quando, per contro, hanno scelto di abbandonare alcune varianti teoriche della sovranità, che nella loro ispirazione a difendere impianti di filosofia politica organicistica, finiscono quasi inevitabilmente con il legittimare pericolose tentazioni egemoniche e con il restringere gli spazi per l’esercizio delle libertà personali»⁷⁹.

Non è casuale, quindi, che, anche in Europa, i risultati normativi più tangibili in materia abolizionista si siano ottenuti quando il processo di integrazione internazionale ha iniziato a comprimere l’esercizio della sovranità nazionale, attraverso le sue personali fonti normative, aventi un’efficacia superiore alle leggi interne.

Come ha sottolineato Norberto Bobbio⁸⁰, il rifiuto della pena di morte è elemento fondante dell’identità europea e appartiene al patrimonio culturale dell’Europa,

⁷⁸ Sull’argomento v. F. VECCHIO, *L’Europa e la pena di morte*, cit., p. 295.

⁷⁹ F. VECCHIO, *op. loc. cit.*, p. 296.

⁸⁰ È molteplice la bibliografia di Norberto Bobbio sull’argomento: tra i tanti contributi, cfr. N. BOBBIO, *Contro la pena di morte*, Conferenza tenuta a Rimini il 3 aprile 1981 in occasione della VI assemblea nazionale di Amnesty International (Sezione Italiana), in agliincrocideiventit.it, 2006; N. BOBBIO, *Elogio della mitezza*, Milano, 2014.

specialmente quella illuministica, costruita sull'autonomia individuale, sulla tolleranza religiosa e sul dialogo tra diverse culture e civiltà. E, sebbene la storia europea ci abbia mostrato come, per lungo tempo, il liberalismo politico sia stato interpretato come perfettamente compatibile con l'opzione non abolizionista, l'opposta esperienza degli Stati Uniti, che, al termine della guerra fredda, sono riusciti ad «imporre al pianeta intero il monopolio della loro economia, della loro potenza militare, della loro visione del mondo, del loro stesso linguaggio e vocabolario concettuale»⁸¹, è coerente con un'ideologia repressiva, funzionale ad un potere che ha assunto forme neo-imperiali e ambizioni egemoniche globali e che è stato caratterizzato, nel corso della sua esistenza, da una relativa stabilità politica e da un costituzionalismo scevro di grossi eventi traumatici.

In particolare, la rinascita del favore per la pena di morte negli Stati Uniti negli ultimi decenni – notoria è la posizione dell'amministrazione Trump sull'argomento – potrebbe essere collegata ad un elemento che Zimring⁸² chiama *vigilante tradition*⁸³, ossia nella tendenza a farsi giustizia da sé, a cui è fortemente collegato il linciaggio, per anni praticato e tollerato e, peraltro, anche al diffuso razzismo della popolazione bianca degli Stati del Sud, nonché all'imperante populismo che, in America e non solo, esalta le virtù terapeutiche della pena di morte, in un fervore giustizialista e vendicativo che, come la storia insegna, emerge spesso in contesti di crisi economica.

8. La crisi e la contaminazione del diritto penale liberale di matrice europea ad opera del populismo giudiziario

La pena di morte, proprio in America, è, infatti, ben inserita nel circuito demo-

⁸¹ D. ZOLO, *La pena di morte divide l'Occidente*, cit., p. 244.

⁸² F. E. ZIMRING, *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, 1° ed., Bologna, 2009.

⁸³ Secondo Zimring, i *vigilantes* ritengono che l'autore del reato si possa identificare anche senza un giusto processo, che anzi rappresenta un ostacolo alla pena, perché il reo è un *outsider* e, quindi, facilmente riconoscibile; nell'ottica del giusto processo, invece, quest'ultimo è un membro della comunità, non è diverso dagli altri e, per tale ragione, è possibile che gli organi di amministrazione della giustizia non riescano ad individuare sempre il colpevole. Nelle regioni del Nord-Est, in cui la tradizione dei linciaggi era scarsamente radicata, tutt'oggi le condanne a morte eseguite sono pochissime, a differenza di quanto avviene nelle altre aree. Lo Stato americano, nemmeno oggi, inoltre, è riuscito a completare il processo di pacificazione della popolazione (lo dimostra il numero elevato di omicidi); non sono andati a buon fine nemmeno gli sforzi di monopolizzazione della violenza legittima: è proprio del luglio scorso la notizia di uomo linciato e ucciso dalla folla, a Filadelfia, per aver cercato di rubare un'auto con tre bambini dentro.

cratico, operando come un bene che può essere acquistato o ceduto nella contrattazione politica: la promessa di un'esecuzione o il favore all'istituto sono strumenti politici utilizzati per guadagnarsi, in campagna elettorale, la gratitudine e il sostegno dei gruppi delle vittime e dei non abolizionisti.

La maggior parte dei crimini inizia con una condotta efferata, o perlomeno antisociale, che risveglia l'indignazione della comunità, alimentata continuamente dai *mass media*, attraverso quella che viene definita la “*glamourizzazione*” del crimine, ossia una spettacolarizzazione della dimensione criminale, unita alla demonizzazione dell'indiziato, in cui, difficilmente, le vicende vengono analizzate con spirito critico; ad essa si accompagna la “*destatisticalizzazione*”⁸⁴, ossia la descrizione della realtà sulla base dei luoghi comuni, senza il supporto di dati scientifici e statistici, allo scopo di assecondare lo stato di incertezza e di tensione del pubblico⁸⁵, al punto da rinnegare, infine, qualsiasi finalità rieducativa della pena: la sentenza, di innocenza o di colpevolezza, viene già decisa nei salotti televisivi o sui *social network*⁸⁶, tanto che la violazione di una norma giuridica viene percepita come un'offesa alla comunità e il trasgressore, invece, marginalizzato e denigrato, in una logica “noi vs loro”, senza possibilità di recupero.

Queste appena elencate sono tutte manifestazioni evidenti di quello che, nella lettura scientifica e politologica contemporanea, viene definito populismo: un concetto simile e, al tempo stesso, assai diverso dalla demagogia.

Il populismo può essere declinato in varie accezioni: come ideologia che concepisce il “popolo” e la sua volontà superiori all'*élite*, alle istituzioni, ai rappresentanti di queste e alle norme che da esse promanano⁸⁷; come stile politico, indipendente da un

⁸⁴ M. ANSELMI, *Populismo e populismi*, in AA. VV., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Trento, 2015, p. 17: Anselmi fa riferimento a quanto riportato da John Pratt (in *Penal populism*, Routledge, New York, 2007), il quale ha individuato, nel corso dei suoi studi, alcune tra le principali caratteristiche del populismo penale e, tra queste, la *glamourization*, la *destatisticalization* e la *restorative and reparative penalties*.

⁸⁵ In argomento, tra i tanti, v. C. E. PALIERO, *Consensus sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 849 ss.

⁸⁶ Ciò è sintomatico della cosiddetta “democrazia passiva o consensuale”, diversa dal modello di “democrazia attiva e partecipativa”, nel quale, invece, i cittadini concorrono attivamente alla vita politica nelle sedi a ciò preposte. Si v. in merito L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 519: «i cittadini si limitano ad assistere ai confronti in televisione tra i vari esponenti del ceto politico che si contendono il loro voto».

⁸⁷ Nota è la definizione di populismo, riportata da Cas Mudde, professore presso l'Università della Georgia, nonché membro del *Center for Research on Extremism* dell'Università di Oslo: «uso una definizione piuttosto semplice di “populismo”. Il “populismo” è un'ideologia che considera la società come

orientamento vero e proprio (sempre più sfumate sono le differenze ideologiche ed ontologiche tra sinistra e destra), 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 penale⁸⁸, attraverso l'uso strumentale, durante i comizi elettorali, di tematiche legate alla giustizia da parte dei candidati politici.

Quest'ultimo, in particolare, agisce sul piano del cosiddetto diritto penale emozionale: nonostante le statistiche sottolineino che il numero dei delitti, specialmente quelli contro la persona, siano diminuiti rispetto a qualche decennio fa, i politici continuano ad utilizzare argomentazioni distorsive della realtà, atte a sostenere che i dati della criminalità siano aumentati. Ciò provoca, come principale conseguenza, la crescita dell'insicurezza tra la popolazione e, quindi, la richiesta di misure in materia di sicurezza, determinando il rischio di un utilizzo del diritto penale marcatamente antigarantista⁸⁹, repressivo e, peraltro, inefficace.

La crisi socio-economica, nonché i fenomeni legati alla globalizzazione, all'erosione della sovranità statale da parte degli organismi sovranazionali, alla disoccupazione e all'immigrazione sono solo alcuni degli elementi, sempre più ridondanti nella legislazione contemporanea, usati per giustificare la reviviscenza del cosiddetto diritto penale della sicurezza⁹⁰, contrapposto all'idea di un diritto penale "mite", diffusasi nel

separata in due gruppi omogenei ed antagonisti: "il popolo puro" e "l'élite corrotta". E, inoltre, sostiene che la politica debba essere espressione della volontà generale del popolo».

⁸⁸ Per approfondire l'argomento, tra i tanti, v. anche AA.VV., *Il populismo penale oggi. Dal "crocifigilo" al "buttate via la chiave"*, a cura di R. VALORI, Roma, 2018; G. D'ANGELO, *La legalità ai tempi del populismo*, Catania, 2019; L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 2019; G. INSOLERA, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *dir. pen. contemp.*, 2016, pp. 37 ss.; A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. pen.*, fasc. 3/2018; E. MEZZETTI, *Gli eccessi del legislatore e l'irrelevanza autoreferenziale della dottrina penalistica*, in *Arch. pen.*, fasc. 2/2019, pp. 10 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, pp. 123 ss.; M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino, 2017; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, pp. 73 ss.; R. RONCHI, *Metafisica del populismo*, in *doppiozero.com*, 2018; M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, 2° ed., Bologna, 2015.

⁸⁹ E. D. CRESPO (*Il "diritto penale del nemico" darf nicht sein!*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2/2007, p. 41), citando Eugenio Raúl Zaffaroni, osserva: «la dottrina antiliberalista postula che è necessario diminuire le garanzie per aumentare la sicurezza, dando così per scontata una relazione inversa tra garanzie e sicurezza». Senza dimenticare, tra le molteplici e abusate dicotomie, quella classica tra bene e male, tra amico e nemico e, infine, tra cittadino ed extracomunitario. In argomento v. anche R. CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*, in *Criminalia*, 2018, pp. 1 ss.

⁹⁰ In materia v. F. FORZATI, *La sicurezza penale fra assicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, in *Arch. pen.*, n. 3/2018, pp. 1 ss. Sul punto v. meglio *infra*, § 10.

secondo dopoguerra perché bene inserita nella cornice dei principi costituzionali tipici dello stato di diritto, e volta a stemperare, se non a cancellare, l'esperienza illiberale degli Stati totalitari. La diffusa intolleranza sociale «ha determinato la trasposizione della *securitas*, da *ratio essendi* sovraordinata e/o scopo finale dello *ius puniendi*, ad oggetto specifico di tutela penale»⁹¹; questa transizione si nutre lautamente, come un moderno Epulone, proprio dei messaggi che il populismo penale rivolge al popolo: innanzitutto, quello della drammatizzazione dell'insicurezza e, quindi, anche lo stravolgimento del suo contrario, poiché «si strappa via dalla relativa area concettuale la “sicurezza sociale”, che è garanzia dei diritti sociali (sicurezza del lavoro, della salute, della previdenza), e la sicurezza (garanzia) delle libertà individuali contro gli arbitri dell'autorità (segnatamente, di polizia). La nozione si appiattisce su quella di “pubblica sicurezza”, gestita nelle forme dell'ordine pubblico, con conseguente restrizione degli ambiti di espressione dei diritti individuali e connessi inasprimenti punitivi»⁹².

La crisi della razionalità coincide con la crisi dello stato di diritto e delle sue garanzie: il reato di pericolo prevale sul reato di danno e a ciò segue l'iperbolica anticipazione della tutela penale e della sanzione punitiva su un piano basato non sulla materiale lesività dell'offesa, bensì esclusivamente su un giudizio della pericolosità sociale del presunto reo, in cui si finisce per colpire un *modus vivendi* o, semplicemente, una personalità sintomatica di una potenziale condotta criminosa, con buona pace dei principi sostanzialistici (primo fra tutti quello di legalità) del diritto penale di matrice liberale, il quale vira, invece, verso le logiche del diritto penale del nemico⁹³.

La legittimazione di un pericolo non reale, non concreto, necessita, infatti, di un antagonista, i “diversi”, coloro che deviano dalle regole standardizzate della comunità

⁹¹ F. FORZATI, *La sicurezza penale fra assicurazione sociale*, loc. cit., p. 10.

⁹² D. FALCINELLI, *Dal diritto penale “emozionale” al diritto penale “etico”*, in AA.VV., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Trento, 2015, pp. 22 ss.

⁹³ In tema, ad esempio, G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 39 ss., il quale ricorda come sia fin troppo facile incorrere nel rischio di «accentuare in misura esponenziale la tradizionale spinta selettiva dei sistemi penali a colpire verso il “basso”, più che verso l’“alto”», poiché «il sempre più prepotente bisogno di assicurazione collettiva, sapientemente assecondato dall'apparato della tecnica politico-mediatica, non si sentirà certo alleviato dalla poco spettacolare prospettiva di trascinare qualche colletto bianco in un'aula giudiziaria, dai noiosi, complicatissimi e incomprensibili resoconti delle astruse operazioni finanziarie da questi poste in essere per occultare ingenti proventi illeciti o dagli ancor più ardui sforzi della magistratura per ottenere la cooperazione giudiziaria di una delle innumerevoli autorità straniere che la mobilità della società globale avrà disseminato lungo i tortuosi percorsi di quei capitali». Nello stesso senso v. anche L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma, 2012, pp. 372 ss.

e le cui condotte sono meritevoli di “risposte forti”⁹⁴ e di soluzioni che, per i populistici sarebbero a portata di mano, se si usasse il buonsenso e che, invece, per connivenza, non vengono adottate dalla politica tradizionale⁹⁵.

Il diritto penale del nemico⁹⁶ è un diritto penale d'autore, espressione pura dello stato autoritario, insieme opposto e contrapposto al diritto penale del fatto e, per tale ragione, lesivo della dignità umana, in quanto restio a riconoscere la distinzione illuministica tra colpevoli e innocenti: in nome della tanto decantata “tolleranza zero”, la norma penale viene svilita in strumento di propaganda politica, in una logica malata, per cui il fine giustifica sempre i mezzi, tanto da tramutare l'emergenzialismo da eccezione a regola⁹⁷.

Il bisogno della pena come fattore di assicurazione e di giustizia socialmente avvertite è emblematico, anche in Italia, e gli esempi pratici sono rappresentati dagli interventi legislativi “d'impatto” sull'immigrazione clandestina, sull'omicidio stradale e sulla legittima difesa, tutti pensati per assicurare la popolazione da una paura più percepita che realmente giustificata

Non meraviglia, allora, in questo pessimistico scenario, che l'ex Ministro dell'Interno, Matteo Salvini, all'indomani dell'uccisione del vicebrigadiere dei Carabinieri

⁹⁴ In materia di diritto penale del nemico, tra i tanti autori, v. principalmente G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS – M. CANCIO-MELIÀ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003; F. M. CONDE, *Il diritto penale del nemico*, in *Ordines*, n. 1/2016, pp. 315 ss.; E. D. CRESPO, *op. cit.*, pp. 39 ss.; L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2016, pp. 87 ss.; L. RISICATO, *op. cit.*, pp. 1 ss.; F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2011, pp. 524 ss.

⁹⁵ Emblematico G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 98: «in questo quadro semplificatore, profonda è la sfiducia nei confronti dei saperi tecnici, delle competenze degli esperti in scienze sociali e, più in generale, nei confronti dei giudizi di valore e degli orientamenti normativi espressi dalle élite: insomma, regole semplici, chiare e rigorose, seguite da punizioni certe in caso di violazione, in luogo di approcci politici più complicati e di inutili sofisticherie intellettualistiche».

⁹⁶ Potrebbe apparire paradossale il fatto che tale definizione sia stata coniata, nel 1999, da un giurista tedesco, il professor Günther Jakobs, (*supra*, nt. 94) il quale, enfatizzandone l'immediata necessità, ne delineò le tre principali caratteristiche: 1) l'applicazione di pene rigorosissime e ben lontane dal principio di proporzionalità (ammessa è la pena di morte), nonché prive di ogni beneficio premiale, 2) la criminalizzazione di una categoria di persone che, a suo dire, si collocano al di fuori dell'ordinamento giuridico, in ragione del loro *status* e che, per ciò solo, sono immeritevoli di una consulenza legale o di un giusto processo, 3) l'imputazione di meri atti preparatori, anche lontani dalla concreta lesività del bene giuridico, sul presupposto che si debba avviare una vera e propria battaglia contro i nemici, definiti anche “non persone”.

⁹⁷ Sul punto v. F. FORZATI, *La sicurezza penale fra assicurazione sociale*, *cit.*, p. 43: «si registra in tal senso l'involutione della norma penale, ridotta a contenitore acritico ed atecnico degli umori e delle opinioni comuni, ovvero alla costruzione/promozione penale di una sicurezza-spot, in cui la componente tecnico-giuridica si limita a recepire gli slogan populistici (sempre attuali) delle “crescenti restrizioni di libertà a fronte di maggiore sicurezza”».

Mario Cerciello Rega, abbia invocato la pena di morte per i responsabili, dando voce al comprensibile sentimento istintivo di molti, precisando, poi, in un fine calcolo politico, di non volere che si arrivi a tanto, accontentandosi che, quantomeno, il sospettato possa uscire solo cadavere dalla prigione⁹⁸. Un'affermazione di questa portata, in poche battute, tradisce l'intero articolo 27 della Costituzione, ignorando, dolosamente e strategicamente, il divieto di pena di morte e, soprattutto, il principio di finalità rieducativa della pena, la quale non dovrebbe essere perpetua *in re ipsa*⁹⁹. Del resto, «il populismo giudiziario tende per forza di cose a privilegiare un sostanzialismo repressivo poco attento alle questioni giuridiche e insufficientemente sensibile alle esigenze del garantismo individuale. Quel che soprattutto conta è che il processo, e prima ancora l'indagine con la sua risonanza mediatica stigmatizzatrice conseguano l'effetto di criminalizzare e mettere alla gogna soggetti indagati trasformati, sin da subito, in colpevoli anticipati. Ove occorra, anche a costo di azzardare riletture *ad hoc* delle fattispecie incriminatrici, forzandone in maniera spregiudicata la tipicità formale»¹⁰⁰.

L'offesa penale si svuota di ogni elemento tecnico-giuridico e il diritto penale diventa «strumento di contrasto e di contenimento di reati, resi allarmanti da spinte emotivo-irrazionali governate da campagne massmediatiche, che trovano rassicurazione attraverso la promozione di interessi chimerici, come quello della sicurezza collettiva promossa a valore salvifico, in grado di garantire benessere sociale»¹⁰¹.

L'approvazione di leggi capitali, in America, ad esempio, diviene un mezzo per

⁹⁸ AA. VV., *Carabiniere ucciso, Salvini: "Negli Usa pena di morte per gli assassini"*, in repubblica.it, 2019. Tra l'altro, recentissimamente, Matteo Salvini, in un *tweet*, è tornato a giocare la medesima carta: commentando la notizia della morte di Sara Sforza, la ventitreenne marsicana scomparsa in seguito ad un incidente stradale sulla Tiburtina provocato da un uomo risultato positivo ai test di alcol e droga, ha scritto: «sono contro la pena di morte, ma spero che questo "signore" paghi tutto, senza sconti, fino alla fine». Si v. in proposito AA. VV., *Morte di Sara Sforza, Matteo Salvini: sono contro la pena di morte, ma questo signore deve pagare*, in abruzzo.live.it, 2020.

⁹⁹ In proposito v. G. GIOSTRA, *Le reazioni ai crimini. Il grave calcolo di evocare pena capitale e fine pena mai*, in avvenire.it, 2019: «la Corte europea dei diritti dell'uomo poco più di un mese fa ha condannato l'Italia (caso Viola) appunto perché il nostro ordinamento prevede che per alcuni reati l'espiazione carceraria duri per l'intera vita, rimanendo indifferente al percorso del condannato durante l'esecuzione della pena. Adeguarsi al *dictum* della Corte di Strasburgo non vorrebbe dire – è bene precisarlo a fronte di tante affermazioni di tal segno, non si sa se dovute ad ignoranza o a calcolo – abolire le pene perpetue nel nostro sistema: continuerebbero a esserci e a essere eseguite fino all'ultimo giorno, a meno che – dopo circa venticinque anni di carcere, suggerisce la giurisprudenza della Corte – un'osservazione attenta e prolungata non attesti che il condannato abbia dato prova di autentica riabilitazione».

¹⁰⁰ G. FIANDACA, *Populismo politico*, cit., p. 111.

¹⁰¹ Così F. FORZATI, *La sicurezza penale fra rassicurazione sociale*, cit., p. 45. Sul tema v. anche L. EUSEBI, *La pena "in crisi", Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, ID., *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2007, pp. 1 ss.

risollevarlo il morale dell'opinione pubblica e dimostrare di aver avviato una guerra contro il crimine¹⁰², nonostante, poi, la possibilità reale delle esecuzioni sia davvero ridotta o, comunque, rimandata negli anni. Ciò che conta è bollare il reo, distinguendo la sua condotta dalle altre punite diversamente.

9. La pena di morte negli Stati Uniti d'America tra continue istanze politiche, giuridiche e repressive

Le dinamiche, così come descritte ed esasperate proprio dal populismo, non soltanto penale e giudiziario, sono uguali e, al tempo stesso, diverse negli Stati Uniti d'America. Pur essendo impossibile, infatti, non riconoscere come il processo d'integrazione sovranazionale di stampo europeo sia costantemente minacciato dalle forze politiche d'ispirazione nazionalista e, nonostante la crisi, seppur non irreversibile se curata, della democrazia rappresentativa tradizionalmente intesa, è innegabile che, la giurisprudenza europea abbia arricchito il patrimonio dei diritti umani, unico baluardo contro pretese di qualsiasi tipo. È altrettanto vero, inoltre, che gli organi interni agli Stati membri sono condizionati, nelle scelte da adottare, non soltanto dalla politica interna, ma anche dai vincoli imposti dalle pronunce delle Corti europee, cui sono tenuti a conformarsi¹⁰³ e che, a lungo andare, possono diventare antidoto – ci si augura efficace e duraturo – al contagio del populismo.

Al contrario, il populismo americano ha radici antiche (basti pensare alla fondazione, alla fine dell'Ottocento, del *Populist Party*) e, per ciò stesso, è frequente che i politici statunitensi facciano leva sugli istinti più comuni, come la rabbia della popolazione, rivolta, in particolare, contro i monopoli, gli interessi costituiti e le *élite* di vario genere¹⁰⁴.

¹⁰² D. GARLAND, *op. cit.*, pp. 203 ss.: «le convinzioni della comunità, l'opinione maggioritaria e il senso comune hanno, per essere chiari, un peso speciale nel dibattito politico americano e nella vita culturale».

¹⁰³ Secondo A. Ruggeri l'appartenenza all'Unione Europea è, di per sé, un argine a possibili derive autoritarie, proprio per l'organizzazione composita della stessa, diversa dai regimi illiberali d'ispirazione marxista e di stampo totalitario, in cui il nazionalismo, sostanzialmente, ha la strada spianata, seppur per un periodo di tempo limitato. Si v. in merito A. RUGGERI, *Rischi d'involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, in *Consulta Online*, fasc. 3/2019, p. 641.

¹⁰⁴ D. GARLAND, *op. cit.*, p. 279: «segnata dalla paura della criminalità, dall'ostilità razziale e dalla crescente distanza tra il sentimento dell'*élite* liberale e l'opinione popolare, la pena di morte personificò la sanzione espressiva. Le richieste a gran voce in suo favore rappresentavano un modo di esprimersi, un mezzo di comunicazione della rabbia e del risentimento, come l'odio verso i criminali. La grande

A ciò si aggiunga, poi, la particolare forma di governo degli USA¹⁰⁵, così come voluta dai costituenti e costruita su un delicato sistema di pesi e contrappesi, *check and balances*, allo scopo di realizzare un equilibrio tra istituzioni solitamente in contrasto tra loro: ciascun organo, dotato in via principale di un potere, ha competenza anche in relazione agli altri poteri, in modo da potersi opporre agli altri organi costituzionali, così da ottenere una complessiva riduzione dell'intervento pubblico nella sfera privata. Ciò determina che l'ago della bilancia penda sempre a favore delle autorità locali dei singoli Stati, a discapito del governo federale che, raramente, impone cambiamenti e azioni decisive in politica interna¹⁰⁶. I programmi federali non confluiscono, quindi, omogeneamente a livello locale, determinando disparità sociali o razziali, in particolare tra gli Stati del Sud e tra quelli del Nord.

Anche la composizione del potere giudiziario è influenzata dai rapporti tra centro e periferia: esistono, infatti, cinquantuno sistemi giudiziari diversi, ossia quello federale, al cui vertice è collocata la Corte Suprema, poi le Corti distrettuali e le Corti d'Appello, e, infine, uno per ciascuno dei cinquanta Stati. «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 del giudice statale, 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 indiscutibile preminenza del giudice statale su quello federale, il cui intervento assume una caratteristica quasi di residualità»¹⁰⁷, con l'unica eccezione dei diritti costituzionali federali, che prevalgono sulle normative statali. È proprio la Costituzione americana ad attribuire alle autorità statali e locali la competenza e la giurisdizione in materia

capacità della sanzione di veicolare emozioni fece superare tutti i dubbi sul suo reale effetto deterrente per gli assassini [...]. La pena di morte rappresentò il perfetto fattore di punta per una normativa più severa e una politica dell'ordine».

¹⁰⁵ Secondo D. Garland, la particolare forma di governo degli Stati Uniti d'America non fu esclusivamente la conseguenza più ovvia degli ideali repubblicani: essa fu dettata, piuttosto, dalla volontà dei politici dell'epoca di realizzare una forma di confederazione accettabile per le tredici *ex* colonie, desiderose di mantenere la propria indipendenza, fatta di valori e interessi tra di loro disomogenei.

¹⁰⁶ Sull'origine e sulla struttura del governo federale americano, tra i tanti, v. M. COMBA, *Gli Stati Uniti d'America*, in *Diritto costituzionale comparato*, Tomo I, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, Bari, 2014, pp. 76 ss.; D. GARLAND, *La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, 1° ed., Milano, 2013, pp. 184 ss.

¹⁰⁷ M. COMBA, *op. cit.*, p. 84.

penale¹⁰⁸, determinando una ricca varietà nei codici penali, nell'estensione dei poteri di polizia e nelle strutture e politiche sanzionatorie.

Un ruolo incisivo, in tale scenario, è svolto anche dall'amministrazione, non a caso definita la quarta branca di potere nella forma di governo americana: le nomine politiche, infatti, incidono prepotentemente sulla gerarchia amministrativa e, al contrario di ciò che accade in Europa, dove i funzionari eletti dipendono dal loro partito, in America essi rispondono ai singoli finanziatori e il loro potere si fonda su specifici interessi locali¹⁰⁹. In pochi paesi, il costo delle campagne elettorali è alto come negli Stati Uniti: le persone per divenire candidati eleggibili devono raccogliere fondi, guadagnare riconoscimenti e vincere nei loro collegi elettorali; ciò amplifica il ruolo dei sondaggi di opinione, delle interviste di gruppo e della pressione di gruppi di interessi particolari.

La conseguenza principale di questa struttura è la forte influenza popolare sulla politica interna dei singoli Stati e, in particolare, sulla giustizia penale: le cariche principali, quali i procuratori distrettuali, i giudici statali, lo sceriffo della contea, il capo della polizia sono, infatti, elettive. La giustizia è gestita localmente e influenzata dalla politica locale e, mentre gli apparati statali europei rimangono più autonomi, governati dalle burocrazie e meno influenzabili dalle pressioni democratiche, negli Stati Uniti le dinamiche penali e giudiziarie dipendono molto dalle comunità locali e meno da uno stato di diritto apolitico. Secondo David Garland, lo *status* della pena di morte, all'interno della società americana, è condizionato proprio dalla cosiddetta democrazia popolare, che si traduce in un ampio coinvolgimento del popolo americano nelle decisioni pubbliche e politiche, ripercuotendosi, inevitabilmente, sull'agito delle istituzioni federali¹¹⁰.

Premesso ciò, affrontare il tema della pena di morte parlando genericamente

¹⁰⁸ Si riporta, per maggiore comodità del lettore, la traduzione italiana del testo del VI emendamento della Costituzione americana, il quale stabilisce che «in ogni procedimento penale, l'accusato avrà diritto a un sollecito e pubblico processo da parte di una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso e la cui competenza giurisdizionale sarà preventivamente stabilita con legge; e avrà diritto a essere informato della natura e del motivo dell'accusa, a essere messo a confronto con i testimoni a carico, a ottenere di far comparire i testimoni a suo favore, e a farsi assistere da un avvocato per la sua difesa».

¹⁰⁹ Sul punto v. D. GARLAND, *op. cit.*, p. 187: «invece di un programma uniforme a livello nazionale, gli aiuti dell'esecutivo centrale sono stati incanalati nelle gerarchie del potere locale, che ne hanno determinato un'allocatione segnata dalle disparità razziali e di classe».

¹¹⁰ D. GARLAND, *op. cit.*, p. 194: «negli Stati Uniti come altrove, ogni impiego della pena di morte rappresenta l'esercizio del potere statale. Ma negli Stati Uniti questo potere è esercitato a livello di contea locale, da attori politici locali, ed è condiviso dall'elettorato locale. Il suo esercizio è determinato dagli interessi e dagli atteggiamenti degli attori politici locali e dalle relazioni di gruppo».

dell'America sarebbe sicuramente immediato ma concettualmente errato. Il marcato localismo, influenzato anche dalle dinamiche storiche, ha determinato un'enorme varietà in seno ai singoli Stati: ad oggi, ventidue¹¹¹ sono totalmente abolizionisti, mentre i restanti ventotto eseguono ancora le sentenze capitali. A livello federale, è in atto una sospensione delle esecuzioni da quasi sedici anni, che ha rischiato, però, di essere interrotta dalla decisione dell'amministrazione Trump – rigettata, almeno nel breve periodo, dalla Corte Suprema¹¹² – di eseguire cinque condanne, riguardanti tutte detenuti che hanno esaurito i gradi d'appello previsti a tutela del diritto di difesa e per le quali non esistono, in termini legali, impedimenti.

L'ottavo emendamento del *Bill of Rights* stabilisce, genericamente, che *excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted* ed, effettivamente, la giustizia penale americana in tema di pena di morte, per lungo tempo, non è stata nemmeno influenzata dalla giurisprudenza della Corte Suprema, la quale raramente ha deciso di intervenire sulle decisioni emesse dai giudici locali o su quanto previsto dalla legislazione dei singoli Stati: ad esempio, si è dovuto attendere il 1910¹¹³, affinché i parametri della crudeltà e della desuetudine fossero commentati, per la prima volta, dai giudici di legittimità, i quali, comunque, decidevano di omettere, in quella sede, qualsiasi riferimento in termini esplicativi e/o descrittivi al principio di proporzionalità della pena¹¹⁴.

È notorio, del resto, che, tuttora, tra alcuni membri della Corte stessa, sia diffusa la convinzione che le disposizioni contenute nel *Bill of Rights* debbano interpretarsi secondo le intenzioni originarie dei padri costituenti: ciò imporrebbe di considerare la pena di morte conforme all'ottavo emendamento, in quanto già inclusa tra le sanzioni previste al momento dell'emanazione della Costituzione, senza che vi sia spazio

¹¹¹ Il Colorado diventerà, a partire dall'1 luglio 2020, il 22esimo Stato americano ad abolire la pena di morte. Sull'argomento v. *Stati Uniti, Colorado abolisce la pena di morte: via libera del Parlamento controllato dai democratici*, in repubblica.it, 2020.

¹¹² ADAM LIPTAK, *Supreme Court won't allow federal executions to resume*, in nytimes.com, 2019.

¹¹³ Il richiamo è al caso *Weems v. United States*, 217, U.S., 349 (1910).

¹¹⁴ Il principio di proporzionalità, successivamente, è stato enunciato nel caso *Coker v. Georgia* (433 U.S. 584, 1977): qui, la Corte Suprema ha dichiarato «la pena di morte costituzionalmente illegittima in quanto notevolmente sproporzionata (*grossly disproportionate*) per il reato di violenza sessuale non sfociato nella morte della vittima, sulla base del seguente *test*: una pena è eccessiva e quindi incostituzionale se non svolge nessun utile fine penale e perciò non è che una non necessaria inflizione di dolore e sofferenza; oppure se è pena notevolmente sproporzionata rispetto alla gravità del crimine». In argomento v. L. GOISIS, *La legittimità costituzionale della pena di morte nella giurisprudenza della Corte Suprema americana*, in *La pena, ancora fra attualità e tradizione*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. L. Gatta, Tomo I e II, 2018.

per un intervento giudiziario, con l'ovvia conseguenza che tali questioni sarebbero rimesse integralmente alla competenza esclusiva del potere legislativo¹¹⁵.

Eppure, già nel 1954, nel caso *Brown v. Board of Education*¹¹⁶, la Corte Suprema aveva invalidato la dottrina, legittimante la segregazione, basata sul concetto, tipicamente razzista, di "uguali ma divisi", il quale aveva avuto, spesso, dei risvolti arbitrari in termini di giustizia penale.

La svolta concreta si registrò, però, negli anni Sessanta, che divennero scenario di una trasformazione di valori a favore di forme più umanitarie, progressiste e collettive e, di conseguenza, di un ingentilimento della politica penale, che coinvolse anche la pena capitale, il cui uso, per un decennio, venne limitato, permettendo l'abolizione completa in una dozzina di Stati: un grosso contributo a questo cambiamento fu offerto dalla dottrina in materia di *contemporary evolving standards of decency*, connaturati al concetto di dignità umana e, per ciò solo, soggetti ad una continua evoluzione che tenesse conto del sentire collettivo: in quest'ottica, per la prima volta, una dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena di morte sarebbe stata astrattamente possibile¹¹⁷; addirittura, entro il 1963, si sviluppò «una giurisprudenza relativa al quattordicesimo emendamento che invalidava il linciaggio legale e che aveva creato una serie di precedenti, i quali si avvalevano della proporzionalità e degli *standard* mutevoli per valutare se, ai sensi dell'ottavo

¹¹⁵ Tale metodo interpretativo delle clausole costituzionali viene definito dalla dottrina americana *strict constructionism*: esso rifugge da qualsiasi intervento giudiziario in tematiche considerate eminentemente politiche. Sul punto v. L. GOISIS, *La legittimità costituzionale della pena di morte*, cit., pp. 472 ss.

¹¹⁶ Si fa riferimento alla sentenza 347 U.S. 483, 1954. Essa trae le mosse dalla *class action* sostenuta e organizzata dal NAACP (*National association for the advancement of coloured people*) a sostegno di Linda Brown, una studentessa di colore, residente a Topeka in Kansas, la quale si vide rifiutare l'iscrizione in una scuola bianca in prossimità del suo domicilio e fu costretta ad iscriversi in una scuola nera distante più di un chilometro: la legge del Kansas autorizzava, infatti, le città con più di 15.000 abitanti a creare scuole separate. La sentenza in commento, pronunciata al termine del processo innanzi la Corte Suprema, dichiarò incostituzionale la segregazione razziale nelle scuole pubbliche.

¹¹⁷ L. GOISIS, *La legittimità costituzionale della pena di morte*, cit., pp. 461 ss.: «il primo contributo dottrinale ad avanzare tale ultima tesi apparve nel 1961 su di una rivista giuridica, la *University of Southern California Law Review*, ad opera di un difensore di nome Gerald Gottlieb. L'Autore suggeriva che, sebbene i padri fondatori della Costituzione non avessero originariamente inteso escludere la pena di morte dal novero delle pene crudeli e inusitate, essa era ormai divenuta tale per opera dell'evoluzione degli *standards* contemporanei (*contemporary evolving standards of decency*) che definiscono il concetto di dignità umana e che pertanto essa costituiva una violazione dell'VIII Emendamento, da interpretare alla luce di tali *standards* contemporanei. Nel 1963, approfondiva queste argomentazioni un giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, J. Arthur Goldberg, in un *memorandum* indirizzato alla stessa, divenuto poi parte integrante della *dissenting opinion* in un caso di violenza carnale allora in decisione, *Rudolph v. Alabama* (375 u.s. 809, 1963)».

emendamento, determinate sanzioni fossero crudeli e inusuali»¹¹⁸.

La campagna abolizionista, promossa dal *Legal Defense Fund*¹¹⁹ e dai suoi avvocati, diede un grosso contributo al dibattito abolizionista, come dimostrato dalla cesazione a livello nazionale delle esecuzioni, tra il 1967 e il 1977, che lasciava presagire che la pena di morte avrebbe potuto essere considerata, al più presto, un istituto in via di estinzione.

Nonostante ciò, la decisione, certamente storica, sul caso *Furman v. Georgia*¹²⁰ del 1972 patì di un'ambivalenza, accentuata dalle contingenze storiche degli anni Settanta, protagonisti della guerra in Vietnam, di rivolte civili, di assassini politici e di un aumento della criminalità. La pronuncia della Corte, che dichiarava l'incostituzionalità della pena di morte inflitta in modo arbitrario¹²¹, lasciava, comunque, spazio ad equivoci, poiché la maggioranza di cinque giudici, seppur concorde sull'illegittimità, sull'inciviltà e sull'inumanità della pena, aveva espresso opinioni divergenti relativamente ai motivi di tale incostituzionalità¹²².

Il caso *Furman*, per tali ragioni, invece di abolire la pena capitale, segnò l'inizio

¹¹⁸ D. GARLAND, *op. cit.*, p. 248.

¹¹⁹ Fondato nel 1940, il NAACP *Legal Defense and Educational Fund* è una delle principali organizzazioni per i diritti civili degli Stati Uniti, nonché uno studio legale con sede a New York City. Relativamente alla campagna abolizionista avviata negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso v., tra i tanti, D. GARLAND, *op. cit.*, p. 251: «la nota strategia della moratoria prevedeva dei contenziosi in tutte le giurisdizioni nazionali non abolizioniste, allo scopo di ottenere una sospensione nazionale delle esecuzioni, mentre era pendente una decisione davanti alla Corte Suprema [...]. I risultati furono tali per cui, entro il periodo di tempo in cui la Corte decise la questione *Furman*, passarono cinque anni senza esecuzioni, mentre circa seicento detenuti nel braccio della morte attendevano la decisione della Corte». Quanto descritto è noto con il nome di *moratorium strategy*, il cui fine era, appunto, quello di creare un sovraffollamento dei bracci della morte e, attraverso questa via, promuovere l'abolizione della sanzione capitale, senza agire direttamente per una dichiarazione di incostituzionalità della stessa.

¹²⁰ Sentenza n. 408 U.S., 238, 1972.

¹²¹ Il significato della decisione *Furman v. Georgia* venne probabilmente sovrastimato, poiché ad essere censurata non fu la pena di morte in sé e per sé, bensì le modalità attraverso cui la stessa veniva amministrata. In argomento v. L. GOISIS, *La legittimità costituzionale della pena di morte*, cit., pp. 470 ss.

¹²² In merito v. P. PASSAGLIA, *L'abolizione della pena di morte per via giudiziaria e il paradosso statunitense*, in *Riv. dir. pubbl. comp. europ.*, 2016, p. 875: «per due giudici, il fondamento della declaratoria era da rintracciarsi nell'incompatibilità della pena di morte in quanto tale con l'ottavo emendamento; gli altri tre giudici, invece, erano giunti anch'essi a concludere nel senso dell'incostituzionalità, ma avendo riguardo alla disciplina della pena di morte concretamente scrutinata ed alla sua applicazione, che si dimostrava arbitraria: un giudice aveva messo in risalto il carattere discriminatorio delle norme; un altro aveva censurato l'imprevedibilità di una pena che veniva inflitta in modo casuale, ad un imputato piuttosto che ad un altro; l'ultimo aveva, infine, stigmatizzato (non già la disciplina, bensì) l'applicazione concreta della pena di morte, che aveva a suo avviso perduto la sua efficacia perché veniva richiesta ed inflitta troppo raramente».

del sistema contemporaneo tuttora esistente: la preoccupazione per la criminalità si fondava su una percezione alterata, da parte della popolazione, del nuovo contesto sociale, che nascondeva, probabilmente, un timore razziale per il mutato ruolo dei neri nella società¹²³ e che accelerò il declino del liberalismo americano e, quindi, del movimento abolizionista dell'epoca, tanto da rendere pervasiva l'idea della pena di morte come strumento di contrasto alla criminalità¹²⁴. Il sostegno dei politici alla pena di morte non era dettato da un reale convincimento dell'efficacia deterrente della stessa, quanto, piuttosto, da ragioni di opportunità politica: mostrarsi a favore dell'istituto significava schierarsi dalla parte del popolo, invocante legge e ordine, mentre apparire esitanti era controproducente.

Nel 1976 il contesto politico era, quindi, profondamente mutato e la decisione sul caso *Gregg v. Georgia*¹²⁵ ne fu l'esito lampante: la Corte si pronunciò, sette a due, a favore della legittimità costituzionale della pena di morte e «il giudice Stewart disse che la risposta legislativa al caso *Furman* era un segno significativo dell'appoggio della società alla pena di morte per i reati di omicidio e che, indipendentemente dall'effetto deterrente, la retribuzione era un giusto obiettivo da perseguire a livello statale, essendo un'espressione del credo della comunità che alcuni crimini siano così gravi che solo la pena di morte rappresenta la risposta adeguata»¹²⁶.

La vera novità di questa pronuncia fu la manifestata esigenza della Corte di razionalizzare, civilizzare e democratizzare la pena di morte, rimuovendo i suoi elementi offensivi e riallineandola allo stato di diritto.

¹²³ Il pregiudizio razziale è fortemente connaturato al sistema politico e giudiziario statunitense e, per questo, oggetto di numerosi studi criminologici, atti a dimostrare, non soltanto una maggiore presenza dei neri e degli ispanici nei cosiddetti bracci della morte, ma anche l'esistenza di una disparità di trattamento sia nelle varie fasi del processo capitale, sia nella fase del cosiddetto *capital sentencing*, ossia nel momento dell'emissione del verdetto capitale. In particolare, dati statistici, raccolti tra gli anni sessanta e ottanta del secolo scorso da M. Wolfgang, W. Bowers, G. Pierce, hanno evidenziato che, pur in presenza di fattispecie di reato simili, ci sono più probabilità che venga condannato a morte l'omicida di una vittima bianca piuttosto che quello di una vittima nera; è interessante notare, inoltre, come l'elemento razziale sia quello tenuto maggiormente in conto quando i giudici o la giuria sono chiamati a scegliere (nei cosiddetti *midrange cases*) tra la sanzione capitale e la detenzione a vita. In argomento v. L. GOISIS, *L'applicazione discriminatoria della pena di morte nel sistema di giustizia penale statunitense, Il percorso giurisprudenziale*, in *L'Indice Penale*, fasc. 2/2019.

¹²⁴ D. GARLAND, *op. cit.*, pp. 260 ss.

¹²⁵ Sentenza 428 U.S.153, 1976. Questo caso ha posto fine alla moratoria che era stata *de facto* sancita quattro anni prima dalla stessa Corte nel caso *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972). In argomento v. D. GARLAND, *op. cit.*, pp. 291 ss.; F. E. ZIMRING, *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, 1° ed., Bologna, 2009.

¹²⁶ D. GARLAND, *op. loc. cit.*, p. 292.

La razionalizzazione dell'istituto coincise con tutta una serie di regole procedurali volte ad assoggettare la pena di morte a *standard* di legalità nazionali, che consentirono agli imputati di ottenere le garanzie del *super due process*¹²⁷ e di accedere alle Corti federali, attraverso l'utilizzo delle istanze di *habeas corpus*, purché fossero già stati esauriti i processi d'appello nello Stato di appartenenza. Il risultato, forse prevedibile, fu, innanzitutto, la lungaggine dei giudizi d'appello, prolungati dagli avvocati, interessati a mantenere in vita il più a lungo possibile i loro assistiti e, poi, l'inflazione della cosiddetta *last-minute litigation* dinnanzi alle Corti federali, i cui giudici, chiamati all'ultima parola, furono, spesso ed erroneamente, considerati i responsabili della mancata esecuzione oppure, in caso di ricorso respinto, i diretti "carnefici". La strategia pensata per ovviare a tali situazioni fu quella di introdurre ulteriori vincoli procedurali, obbligando le difese a sollevare, già in primo grado, le eccezioni relative alla violazione di principi costituzionali, pena la decadenza dal diritto di presentare ricorso in ultima istanza sui medesimi motivi, con l'ovvio risultato di menomare gravemente il diritto di difesa e di aumentare il rischio di esecuzioni irregolari¹²⁸.

La conformazione della sanzione capitale a tecniche civili fu, invece, operata attraverso l'uso di particolari forme nella sua applicazione: da qui, ad esempio, la *ratio* della Georgia di dichiarare incostituzionali sia l'impiccagione che la sedia elettrica,

¹²⁷ In America, i processi che possono condurre ad una condanna capitale si compongono di due fasi: la prima in cui la Corte competente è chiamata ad accertare che sussistano le condizioni per punire il fatto commesso con la pena di morte e la seconda, strettamente legata alla prima, poiché, solo in caso di esito affermativo, è consentito l'avvio di questo secondo procedimento, la cosiddetta *penalty phase*, in cui la giuria è chiamata a scegliere, bilanciando le attenuanti e le aggravanti, tra la sanzione capitale e la pena alternativa prevista dalla legge. Fu la decisione presa nel caso *Woodson v. North Carolina*, nel 1976, a stabilire che gli Stati non avrebbero potuto creare fattispecie penali punite solo con la pena capitale ed è per questo che la seconda parte del processo dovrebbe riguardare circostanze diverse da quelle relative alla responsabilità penale dell'autore; in parte per aggirare tale regola, durante il caso *Lockett v. Ohio*, venne accordata all'accusa la possibilità di presentare informazioni non solo inerenti alle caratteristiche del delitto commesso dall'imputato, ma anche relativamente alla natura e all'intensità del danno e del dolore (*closure*), patiti dalla vittima e dai suoi congiunti, perfino attraverso la loro testimonianza diretta di fronte la giuria. Si tratta del modello dei cosiddetti *Vis* (*Victim Impact Statement*), il quale consente all'accusa di convincere la giuria che solo una sentenza di condanna a morte potrebbe risarcire in maniera adeguata la sofferenza di coloro che sono stati colpiti dalla condotta dell'imputato: la legislazione, in pratica, amplia il significato del concetto di vittima, ricomprendendo in esso anche la cerchia familiare e gli amici.

¹²⁸ Secondo D. Garland, la razionalizzazione, affiancata dalla cosiddetta "giuridificazione", fu la conseguenza della volontà della Corte Suprema di arrogarsi un vero e proprio controllo centralizzato dell'istituto capitale, attraverso l'imposizione di regole e procedure ben definite, che la portarono a revocare o ad annullare ben quattordici (su quindici) casi che le furono sottoposti, successivamente alla decisione sul caso *Gregg v. Georgia*.

entrambe considerate punizioni degradanti, strazianti e sfiguranti e la preferenza, invece, per una morte “medicalizzata”, indotta con strumenti quali aghi e siringhe, abili a nascondere superficialmente il dolore del condannato a morte¹²⁹.

La democratizzazione, infine, si consolidò con la decisione di privare un’ autorità imparziale della scelta di condannare o meno a morte e di affidarla, invece, ad una giuria di pari, nella convinzione dell’ esistenza di una relazione democratica, appunto, tra la pena e il popolo¹³⁰.

La costante giurisprudenza in materia ha reso evidente, quindi, come la pena capitale americana sia stata inglobata, proprio in seguito alla decisione sul caso *Gregg v. Georgia*, in un complesso sistema federato in cui, pur essendo oggetto di un controllo e di un riesame costituzionale, è amministrata a livello locale. Gli Stati non abolizionisti, inoltre, sono esposti al perenne condizionamento da parte della politica: ad esempio, il Presidente Donald Trump, ma anche Hillary Clinton, suo avversario alle elezioni presidenziali del 2016, si è dichiarato apertamente favorevole alla pena di morte¹³¹. Ciò assume un significato rilevante, se si pensa al ruolo di primo piano che il Presidente degli Stati Uniti esercita sulla nomina dei giudici della Corte Suprema, del procuratore generale e sulle questioni su cui avviare un dialogo tra governi statali e governi federali.

La storia americana della pena di morte degli ultimi quarant’anni è caratterizzata, comunque, da un numero non trascurabile di declaratorie di incostituzionalità¹³², volte a censurare, specialmente, la portata soggettiva o oggettiva della pena e, solo in due casi (in California nel 1972 e in Massachusetts nel 1980), alla condanna espressa della pena di morte, salvo poi essere frustrate da iniziative referendarie dei singoli Stati.

La pena di morte, negli Stati Uniti, è considerata un problema di politica criminale che, in quanto tale, deve essere affrontato e risolto nelle sedi di governo in cui si dibattono tutte le altre questioni inerenti qualsiasi aspetto di giustizia criminale¹³³,

¹²⁹ In questo caso, è evidente la volontà dei giudici di adeguare la sanzione capitale al divieto di «trattamenti crudeli e inusuali», sancito dall’ VIII emendamento della Costituzione americana. Sul punto v. D. GARLAND, *op. cit.*, pp. 301 ss.

¹³⁰ Riemerge preponderante, come Garland stesso sottolinea, il tema del populismo, di cui la manifestazione più appariscente sono, a suo dire, la predisposizione di giurie popolari, selezionate dalle comunità locali, e di funzionari eletti territorialmente: la pena di morte viene definitivamente consegnata nelle mani del popolo. In argomento v. D. GARLAND, *op. cit.*, pp. 306 ss.

¹³¹ AA. VV., *Usa, la posizione dei candidati Clinton e Trump*, in nessunotocchicaino.it, 2016.

¹³² P. PASSAGLIA, *L’abolizione della pena di morte per via giudiziaria*, cit., pp. 864 ss.

¹³³ In tal senso, appare emblematica la decisione *Mc-Cleskey v. Kemp* (107 S. Ct. 1756), adottata dalla Corte Suprema nel 1987, la quale trae le mosse dal ricorso proposto da un uomo di colore, Warren

mentre in Europa il dibattito sulla pena di morte è sempre stato presentato come un aspetto di politica costituzionale. Effettivamente, i processi di abolizione dei principali paesi europei nel secondo dopoguerra sono stati condotti in via parlamentare, per effetto di provvedimenti votati a maggioranza, tant'è che l'impatto delle elezioni politiche è stato solo trasversale.

La sopravvivenza della pena di morte negli USA ha poco a che vedere con il perseguimento di obiettivi di governo o penali, quanto, piuttosto, «con la difficoltà istituzionale di assicurare l'abolizione di fronte ad un'opinione pubblica di maggioranza. Ma la sua esistenza, in una configurazione così peculiare, ha reso possibile l'utilizzo dell'istituto da parte di gruppi e di attori che hanno colto le opportunità offerte di portare avanti i loro interessi e di soddisfare i loro bisogni. Questi attori si sono appropriati della pena di morte e l'hanno utilizzata a proprio vantaggio, qualche volta per esprimere il loro senso di giustizia, qualche volta, per accrescere il loro potere, il loro profitto e il loro piacere occasionale»¹³⁴.

La pena capitale, oggi, è divenuta strumento di scambio politico e, proprio per questo insieme di ragioni, essa potrà essere rimossa solo per via politica, a livello federale o di singoli Stati, e, più difficilmente, come avvenuto in Europa, attraverso una decisione di incompatibilità con l'ottavo emendamento da parte della Corte Suprema federale: due strade, astrattamente praticabili, come dimostra la recentissima pronuncia della Corte Suprema stessa¹³⁵, ma rese impervie da istanze governative, amministrative e popolari, orientate nella direzione opposta.

McCleskey, condannato a morte per il reato di rapina a mano armata e di omicidio di un agente di polizia. La difesa riteneva che la sentenza fosse stata determinata da un pregiudizio razziale e lamentava, inoltre, la violazione dell'VIII (divieto di pene crudeli e inconsuete) e del XIV emendamento (eguale protezione davanti alla legge), allegando a sostegno lo studio Baldus *et Alii* in tema di discriminazione razziale, inteso come elemento decisivo per l'emissione di un verdetto capitale. La Corte rigettava entrambi gli argomenti addotti dal ricorrente, negando l'intento discriminatorio dell'organo giudicante, nonché il rischio di discriminazione, sull'assunto che le statistiche non avessero una rilevanza determinante, in assenza di ulteriori prove. Come successivamente ammesso da alcuni membri della Corte stessa, il timore della Corte di riconoscere qualsiasi efficacia alle prove empiriche era legato alla consapevolezza che «un eventuale accoglimento del ricorso avrebbe potuto sortire effetti devastanti sull'intero sistema della giustizia penale, con il rischio di delegittimare il sistema stesso. Concludeva, in definitiva, la Corte: la soluzione di tale questione sarebbe spettata all'autorità legislativa, non a quella giudiziaria». In argomento v. L. GOISIS, *L'applicazione discriminatoria della pena di morte*, cit., pp. 402 ss.

¹³⁴ D. GARLAND, *op. cit.*, p. 346.

¹³⁵ *Supra*, § 7, p. 30.

10. Il nuovo e l'antico fascino della (pena di) morte: la necessità della riaffermazione dei valori penali illuministici

È innegabile che la pena di morte produca, anche su un mero spettatore esterno o su chi non è direttamente coinvolto, delle reazioni inconsce di piacere o di curiosità, le quali non devono essere classificate, a tutti i costi, come *voyerismo* o sadismo. Oggi, come nel passato, la notizia di una condanna a morte è ricca di un enorme potenziale narrativo e comunicativo perché tutti reagiscono, sospinti da un desiderio di vendetta, alle storie di omicidi, di violenza e di lesioni, anche se è variabile la probabilità che si agisca realmente sulla base di tali istinti che, peraltro, nelle società occidentali sono contenuti da norme giuridiche: la pena di morte, invece, ha proprio la capacità di realizzare un bilanciamento tra l'aggressione vendicativa e il controllo civile, sul presupposto che «un omicidio condiviso con altri, considerato non solo sicuro e permesso, ma addirittura raccomandato, risulta qualcosa di irresistibile per la grande maggioranza degli uomini»¹³⁶.

Il fascino della morte, fin dal passato, ha sempre attirato folle di persone nelle piazze in cui era predisposto il patibolo, in un rituale quasi goliardico animato, ad esempio, nella bella descrizione, offerta da Dacia Maraini, della Sicilia di due secoli fa ne *La lunga vita di Marianna Ucrìa*, da caramellai, venditori d'acqua, di *zammù*, di *meusa*, di polipi bolliti e fichi d'India: un vero e proprio spettacolo, reso possibile da un desiderio di trasgressione, accompagnato dall'assenza di compassione, se, ad essere "inscenata", non è la propria morte ma quella di un altro, meglio se appartenente a minoranze emarginate o demonizzate.

Oggi giorno le folle festanti o i linciaggi della tradizione americana non sono più protagonisti principali e, anzi la gente comune richiede, invece, là dove ammesse, esecuzioni private compiute attraverso procedure mediche che nascondano il sangue e la sofferenza, eppure è evidente che esista una continuità tra presente e passato, «un interesse comune a utilizzare la morte per creare potere, profitto e piacere, un'effervescenza collettiva che ancora freme alla prospettiva di un'uccisione»¹³⁷.

La morte e le pene connesse ad essa, oggi, sono filtrate dai *media* e dalla cultura popolare, espressa attraverso la letteratura e il cinema d'intrattenimento o i *talk show* e, per questo, la pena capitale «è costantemente vista come un simbolo casuale d'iden-

¹³⁶ D. GARLAND, *op. cit.*, pp. 333 ss.

¹³⁷ D. GARLAND, *op. cit.*, p. 335.

tività politiche e culturali, piuttosto che come questione richiedente una profonda riflessione morale [...]. L'insondabile mistero della morte e il male rappresentato dall'uccisione sono trasformati in un'esperienza rassicurante di dibattito morale. Noi, gente moderna, abbiamo perso il rituale pubblico dell'esecuzione, ma lo abbiamo sostituito con il rituale del dibattito»¹³⁸. Appare indicativo, ad esempio, l'annuale sondaggio Gallup sulla pena di morte¹³⁹, dal quale emerge che il 56% degli americani (e, tra questi, maggiormente, gli elettori repubblicani) preferisce ancora, nonostante i dati siano più confortanti rispetto al 2014¹⁴⁰, l'uso della pena capitale per le persone condannate per omicidio, mentre il 60% la ritiene moralmente accettabile.

In un tale scenario, il populismo penale diviene, non soltanto una condizione strutturale delle istituzioni di un paese, ma anche una strategia di comunicazione ad uso dei politici: esso evidenzia, soprattutto nel dibattito sulla pena di morte, come sia, prima di tutto, una questione sociale, non legata ad un evento o ad un singolo personaggio politico e in che modo rischi di determinare delle profonde distorsioni antidemocratiche, in particolare, sul sistema giuridico. L'opinione pubblica è fortemente condizionata da ciò che è stato autorevolmente descritto in termini di «bisogni emotivi di pena»¹⁴¹ e, in quest'ottica, l'efficacia dissuasiva o deterrente della pena capitale viene inflazionata nella convinzione che nulla l'uomo (e, di riflesso, il colpevole o il presunto tale) tema più della morte¹⁴²: in realtà, tutte le ideologie repressive, incluse quello a

¹³⁸ D. GARLAND, *loc. cit.*, pp. 335 ss.

¹³⁹ Il sondaggio a cui si fa riferimento è stato condotto tra l'1 e il 13 ottobre 2019.

¹⁴⁰ La Gallup è un'agenzia statunitense pubblica per sondaggi d'opinione (*American Institute of Public Opinion*, nota anche come *Gallup Poll*), fondata a Princeton, New Jersey, nel 1935 da George H. Gallup (Jefferson 1901 – Tschingel, Svizzera, 1984), statistico e professore di giornalismo. Nel 2019, per la prima volta, posti innanzi alla storica domanda «*If you could choose between the following two approaches, which do you think is the better penalty for murder -- [Rotated: the death penalty (or) life imprisonment, with absolutely no possibility of parole]?*», il 60% degli intervistati si è mostrato favorevole all'ergastolo, rispetto al 45% del 2014. Sul punto v. J. M. JONES, *Americans now support life in prison over death penalty*, in *gallup.com*, 2019. In Italia, l'ultimo sondaggio Doxa (dotato di valore scientifico) risale al 1996, in occasione del quale, su un campione di 2.005 adulti, la percentuale dei contrari (46%) e dei favorevoli (46%) alla pena di morte coincise perfettamente, a fronte del 9% degli incerti. I dati summenzionati sono consultabili in *Bollettino Doxa*, Anno L, N. 4-5-6-7, 21 maggio 1996, p. 41.

¹⁴¹ Sui bisogni emotivi di pena v. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 916 ss. (anche in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, pp. 93 ss.); G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017; I. MARCHETTI – C. MAZZUCATO, *La pena "in castigo"*, Milano, 2006; K. LÜDERSSSEN, *Tornare al buon vecchio nocciolo duro, liberale e decoroso, del diritto penale?*, in *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, 2005.

¹⁴² In senso assolutamente contrario, tra i tanti studi penalistici, v. L. GOISIS, *Sull'efficacia deterrente della pena di morte: riflessioni sul dibattito statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4/2006, pp. 1367 ss.; G. D. PISAPIA, *La pena di morte e la sua attualità*, in *Pena de morte*, Coimbra 1967, pp. 85 ss.; P.

sostegno della pena di morte, puntano esclusivamente sulla rassicurazione collettiva¹⁴³, senza che il concetto di sicurezza venga mai definito¹⁴⁴ apertamente ed operano, soprattutto, in assenza di soluzioni concrete volte alla riduzione e/o alla prevenzione della criminalità, rendendo sempre più attuale il rischio di reazioni punitive sproporzionate per eccesso¹⁴⁵, che tengono conto esclusivamente dell'irragionevolezza, alimentata da «un grave e perdurante stato di ansia e di paura»¹⁴⁶ e calibrata sull'allarme sociale, che si ripercuote proprio sulla validità empirica e sulla determinatezza della fattispecie incriminatrice

E, se già in America, il rapporto tra proibizione e aggressione, tra vendetta privata e vendetta conforme al diritto, pur confluendo, a torto o a ragione, all'interno del complesso giuridico costruito attorno alla pena di morte, disciplinato da regole processuali e burocratiche, continua ad oscillare ugualmente tra le istanze populiste di una classe politica desiderosa di assecondare, quantomeno, il concetto di "giustizia popolare", a discapito del pensiero liberale e garantista, allora, a maggior ragione, il rischio è serio nelle democrazie europee, in cui, recentemente e sempre più frequentemente, risulta ridimensionato, se non del tutto annullato, il ruolo del Parlamento e dei partiti politici, a favore di un unico individuo, il *leader*, il quale «trovandosi privo della

ROSSI, *La pena di morte. Scetticismo e dogmatica*, Milano, 1978; G. VASSALLI, *La pena in Italia, oggi*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano 1991, I, pp. 619 ss.

¹⁴³ Sul tema v. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, pp. 21 ss.; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3558 ss.; ID, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico. Documento introduttivo del Convegno "Sicurezza e Diritto Penale"*, Modena, 2009, pp. 2 ss.; W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini – M. Pavarini, Bologna, 2011, pp. 59 ss.; F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2/2010, pp. 1003 ss.; infine, F. FORZATI, (*La sicurezza penale*, cit., pp. 8 ss.), in particolare, sottolinea come non sia del tutto corretto parlare di attualità del tema di sicurezza penale, poiché, in realtà, le politiche securitarie hanno causato, già a partire dal secondo dopoguerra, la moltiplicazione delle fattispecie di pericolo, determinando un'anticipazione della soglia di punibilità.

¹⁴⁴ v. A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. Dir.*, fasc. 1-4/2009, pp. 43 ss., il quale ricorda come «la sicurezza sia una parola-chiave che domina il dibattito politico-criminale nell'opinione pubblica di diversi paesi», rischiando di trasformarsi «in un contenitore onnicomprensivo», ossia in un mero *slogan*, impregnato di demagogia e avulso da qualsiasi pretesa di concretezza.

¹⁴⁵ Sul punto, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del penale nella giurisprudenza della Cassazione*, in *dir. pen. contemp.*, 2011, pp. 22 ss., il quale argomenta sempre a proposito di «una sicurezza-contenitore priva di contenuto effettivo, in grado di garantire elevate prestazioni in termini politici e mediatici e bassissimi costi di esercizio».

¹⁴⁶ Così A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. Pen.*, fasc. 2/2011, pp. 446 ss.

struttura intermedia del partito, deve autoalimentarsi, nel senso che deve ottenere il pubblico consenso: deve fare leggi in grado di attrarre questo consenso. La legislazione diventa un formidabile strumento per la sua raccolta»¹⁴⁷.

Ancora più allarmante e paradossale è l'idea che il populismo agisca per sradicare i valori modernità diffusi dall'Illuminismo, e quindi tipicamente europei, in nome di una moralizzazione dei costumi presunta e mai esistita in un passato, senza alcun dubbio, idealizzato in un eccesso di conservatorismo.

L'augurio, allora, può essere soltanto quello di una reinterpretazione del significato stesso di democrazia, ripulita da ogni contaminazione demagogica e basata sulla tolleranza religiosa, sull'inclusione, sul dialogo tra le diverse culture, avversa al culto della forza, dell'odio e della marginalizzazione del "diverso". L'alternativa, meno ottimistica, sarebbe, infatti, un futuro fatto di paura, incertezza, diseguaglianze, regressione: tutti sintomi della morte della democrazia stessa.

¹⁴⁷ G. INSOLETA, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, cit., p. 37.