

Pena di morte e dignità umana*

di Andrea Pugiotto **1**

0. Una discussione (apparentemente) senza oggetto

Tanto per cominciare, salite con me sulla macchina del tempo **2**: viaggeremo a ritroso, fino al 4 marzo 1947. Quel giorno, in esecuzione della sentenza pronunciata dalla Corte d'Assise di Torino il 5 luglio 1946, tre rapinatori ritenuti responsabili della strage di Villarbasse vengono fucilati per aver ucciso a bastonate dieci persone ed averne gettato i corpi in un pozzo **3**. È l'ultima esecuzione capitale eseguita nel nostro Paese. Da allora, la Repubblica italiana non ha più inflitto la pena di morte.

Questo mero dato storico e statistico proietta un'evoluzione normativa che il nostro ordinamento ha conosciuto nel tempo **4**.

Già nel periodo transitorio [compreso tra la caduta del governo Mussolini, il 25 luglio 1943, e l'entrata in vigore della Carta costituzionale, l'1 gennaio 1948] la pena di morte è rimossa dal codice penale [nel **1944**, benché temporaneamente ripristinata, come misura eccezionale, nel 1945]. Entrata in vigore la Costituzione repubblicana, la pena capitale non è più ammessa, se non nei casi stabiliti dalle leggi militari di guerra [**art. 27, comma 4, Cost.**]. In attuazione di tale previsione, la pena di morte viene dapprima cancellata dal codice penale militare di pace e dalle leggi speciali diverse da quelle militari di guerra [con un **decreto lgs. del 1948**] e, successivamente, dal resto dell'ordinamento militare [con **legge n. 589 del 1994**].

L'ultimo atto di questa evoluzione normativa è recente **5**. Risale solo a undici anni fa quando, approvando la legge di revisione costituzionale 2 ottobre 2007 n. 1, il Parlamento italiano compie una scelta del tutto inedita nella storia dell'Unità d'Italia, sancendo la definitiva scomparsa della pena capitale dal nostro arsenale sanzionatorio: «*Al quarto comma dell'articolo 27 della Costituzione le parole: “, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra” sono*

* Relazione all'omonimo seminario svoltosi all'Università degli studi di Milano (14 giugno 2018) nell'ambito del Laboratorio didattico promosso dal prof. Davide Galliani dedicato alle *Nuove prospettive di tutela e di sviluppo della dignità umana*.

soppresse». È solo da quel momento che l'Italia acquisisce finalmente lo *status* di paese integralmente abolizionista: **6** oggi, infatti, l'art. 27, comma 4, Cost. recita – escludendo qualsiasi deroga – che «*Non è ammessa la pena di morte*». Punto (e basta).

Di che cosa dovrei allora ragionare qui, oggi? Questa mia lezione parrebbe privo di oggetto. L'amico e collega Davide Galliani – che pure al tema della pena capitale ha dedicato addirittura un libro **7** (*La più politica delle pene. La pena di morte*, Cittadella editrice, 2012) – mi avrebbe invitato a parlare di una cosa che più non esiste, di un tema che non ha più nulla da dire al giurista positivo di diritto interno

Non è così. Vorrei argomentare esattamente il contrario **8**: quella dell'art. 27, comma 4, non è affatto una revisione costituzionale *simbolica*. Per dimostrarlo, assumerò l'abolizione incondizionata della pena di morte come dato costituzionale di partenza, per esplicitarne le ricadute (concretissime e numerose) all'interno del nostro ordinamento, sia in atto che in potenza.

Il mio, dunque, sarà un approccio prospettico, meno usuale di quello retrospettivo (e risaputo) circa le ragioni favorevoli o contrarie alla scelta abolizionista: infatti, come ha scritto una volta – non a torto - Norberto Bobbio **9**, «*La letteratura sulla pena di morte è immensa, ma spesso ripetitiva*».

Quella sulla pena di morte è, in effetti, una letteratura inesausta, ma ancora ricca di sorprese. È il caso di questo volume **10** (Nicolò Amato, *Caino e Abele. Vita per vita?*, Treves editore, 2016) che sostiene – sul piano giuridico e filosofico – non tanto la liceità, quanto addirittura la *necessità* della pena capitale nei confronti di una residuale categoria non-umana di rei: «*i Mostri*», con la m maiuscola. Alle corte, la tesi (corroborata da una agghiacciante galleria di esempi dei loro crimini efferati) è la seguente: per genetica conformazione fisio-psichica, esistono vite che agiscono come male assoluto, impermeabili ad ogni minaccia retributiva e ad ogni misura rieducativa. Assassini nati, come i *Natural born killers* protagonisti dell'omonimo film girato nel 1994 da Oliver Stone **11**. La probabilità o anche la sola possibilità che tornino ad agire da carnefici seriali è un rischio intollerabile per la società civile e per le potenziali vittime innocenti. Nei confronti dei Mostri, la sola misura deterrente è metterli

nella materiale impossibilità di continuare a uccidere uccidendoli, «giacché “qualunque” cosa si debba fare a questo scopo, è di gran lunga meglio che non farla, anche se ciò che si è “costretti” a fare, è giustiziarli» (p. 157). In tale prospettiva, si può anche concordare con chi invoca l’abolizione della pena di morte, ma solo quando la pena capitale non è davvero essenziale.

Badate. Sarebbe un errore liberarsi di simili argomenti con un’alzata di spalle. Non lo merita **12** l’Autore del volume, Nicolò Amato, già magistrato, intellettuale di sicura cultura democratica, socialista storico, tra i più illuminati Capi dell’amministrazione penitenziaria, incarico che resse per quasi undici anni (tra il 1983 e il 1993). Non lo merita, soprattutto, l’obliqua e perturbante tesi sostenuta: approdando a posizioni reazioniste **13**, temo possa apparire insidiosamente ragionevole ai più. E la parola *mostro* è politicamente scorretta, giuridicamente ignota, ma mediaticamente dilagante.

D’altra parte, la pena di morte può sempre tornare a incunearsi tra gli interstizi dell’ordinamento. Ad esempio, attraverso talune ipotesi di riforma dell’art. 52 c.p. **14** oggi allo studio in parlamento, miranti a segnare il passaggio dalla legittima difesa all’autodifesa sempre e comunque consentita. Cancellando ogni discrezionalità del giudice nel valutare la proporzionalità tra offesa dell’aggressore e reazione dell’aggredito, non solo si eleva la proprietà privata a valore costituzionale assoluto. C’è di più e di ben altro. Così riformulata, la legittima difesa fungerebbe da esimente anche del reato di omicidio volontario in caso di intrusione nel domicilio, segnando un ritorno ad una concezione bellica e aggressiva della vita associata, popolata da tanti Dinamite Bla **15**, da tanti armi e – conseguentemente – da tanti morti. Una difesa che sia sempre legittima equivale, né più né meno, che a una pena di morte privatizzata.

Tutto ciò ha una morale **16**: l’abolizionismo è sempre un successo fragile, perché il vento securitario può fare il suo giro, gonfiando le vele di un ritorno al passato. Magari applicando l’analisi economica al diritto, in nome della quale non si tarderebbe ad arrivare a sostenere una preferenza per la pena capitale rispetto al carcere a vita, in quanto meno costosa per le casse dello Stato.

Ecco perché è fondamentale partire dal dettato costituzionale del riformato art. 27, comma 4, mettendone a valore tutti i suoi corollari.

1. Il principio abolizionista è sottratto al voto popolare

Il primo corollario è (solo apparentemente) giuridico formale. Attiene all'irrigidimento del sistema delle fonti in tema di pena di morte. **17**

Torniamo alla XV Legislatura. L'esito positivo della revisione costituzionale dell'art. 27, comma 4, è frutto di un *iter* parlamentare che si esaurisce a velocità sostenuta (poco meno di un anno) e che registra *sempre* una maggioranza qualificata ben oltre i due terzi in *tutte* le votazioni.

L'esito ha una duplice conseguenza. La delibera legislativa costituzionale, in quanto approvata a maggioranza qualificata, viene sottratta *ex art.* 138 Cost. a referendum popolare confermativo ed è subito promulgata. Entrata in vigore, la legge costituzionale finale è sottratta anche a referendum abrogativo popolare *ex art.* 75 Cost., che può avere ad oggetto solo atti aventi forza di legge (e non anche leggi di rango costituzionale).

Così, il principio per cui la morte non è una pena che lo Stato possa infliggere ai suoi cittadini viene messo in sicurezza, al riparo dal moto pendolare del populismo penale capace di suggestionare ad arte – condizionandolo – un referendum popolare. Detto altrimenti: il divieto della pena di morte non può essere più messo ai voti.

Ciò è un bene, perché i ritorni di fiamma verso la pena capitale sono sempre possibili, come il nostro passato insegna. Quando Benedetto Croce scrisse la sua *Storia d'Italia* nel 1928 **18**, affermò che l'abolizione della pena di morte era oramai un fatto di costume, e che l'idea stessa di una sua restaurazione era inconciliabile con il sentimento nazionale. Eppure, dopo pochi anni, il Fascismo avrebbe reintrodotta la pena capitale senza grande turbamento nell'opinione pubblica, e con i chierici del diritto pronti ad argomentare – in dottrina **19** – il diritto dello Stato di disporre della vita dei cittadini in analogia all'istituto civilistico dell'espropriazione per pubblica utilità.

2. Il principio abolizionista rimuove una pericolosa riserva di legge marziale

L'irrigidimento del sistema delle fonti in tema di pena di morte produce una seconda concretissima conseguenza ordinamentale **20**. Prima della revisione costituzionale del 2007, l'eventualità del ricorso alle leggi di guerra (e dunque alla pena di morte) era in realtà molto meno remota di quanto si creda comunemente.

L'originario art. 27, comma 4, Cost., ammetteva la pena di morte, e in una misura per nulla circoscritta: il richiamo ai casi previsti dalle leggi militari di guerra configurava, infatti, un'espressione ellittica pericolosamente espansiva perché riferibile (non ad una specifica *fonte*, bensì) a una generica *materia*. Una sorta, dunque, di riserva di legge marziale legittimata ad ampliare l'area di applicazione della pena di morte.

È quanto, in effetti, poteva accadere. La pena capitale – in forza di non poche disposizioni del c.p.m.g. e di leggi speciali - risultava applicabile [1] anche al di fuori dei casi di conflitto armato internazionale, [2] a soggetti estranei alle forze armate che agivano in tempo di guerra o in luoghi in cui vigeva lo stato di guerra dichiarato, e [3] per un numero davvero copioso di ipotesi di reato. **Qualche esempio?** **21** Attentato al comandante supremo, diserzione, aiuto al nemico, spionaggio, disfattismo, violazione dei doveri, disobbedienza all'ordine di attaccare, omissione nell'esecuzione di un ordine, violazione di consegne, soppressione o falsificazione di ordini scritti, passaggio al nemico, sabotaggio, sottrazione di forniture militari, atti ostili contro Stati neutrali o alleati, ribellione, ostilità da parte di un prigioniero liberato sulla parola, violenze e minacce a fine di lucro.

Tante, troppe fattispecie penali. Molte delle quali, peraltro, pericolosamente indeterminate.

Davanti a questo rischio, appariva giuridicamente inadeguata l'abrogazione con legge *ordinaria* della relativa pena capitale (intervenuta con la già citata legge n. 589 del 1994). Perché quando è questione – alla lettera – di vita o di morte, la soluzione va posta a livello costituzionale, per sottrarla alla disponibilità della maggioranza

parlamentare *pro tempore*. È quanto finalmente accade con la legge costituzionale n. 1 del 2007. Approvandola, il Parlamento sceglie la strada del ripudio assoluto, dell'abolizione che non autorizza deroghe né ammette riserve.

L'ipotesi di una sua reintroduzione si rivela così giuridicamente impervia e, nelle intenzioni del legislatore costituzionale del 2007, politicamente da escludersi. «*Le parole sono importanti*» urla Nanni Moretti in *Palombella rossa* **22**. E se le parole hanno un senso, l'averne disposto la *soppressione* (in luogo dell'ordinaria abrogazione) sta a significare proprio la volontà di eliminare la pena di morte in modo sostanzialmente definitivo dal nostro ordinamento costituzionale: nessuno tocchi Caino, mai.

3. Pena di morte e missioni militari all'estero

Gli effetti tutt'altro che simbolici della legge costituzionale n. 1 del 2007 si colgono anche altrove. È il nostro terzo corollario **23**: il divieto di applicazione della pena capitale ai corpi di spedizione all'estero impegnati in operazioni militari.

Ai sensi dell'art. 9 c.p.m.g. **24** sono soggetti alla legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, tutti i corpi di spedizione all'estero impegnati in operazioni militari, nonché il relativo personale di comando, di controllo e di supporto. Traduco? In forza di un automatismo legislativo, il personale impegnato nelle non infrequenti missioni di *peace-keeping* era esposto alla pena di morte, irrogabile con sentenza di condanna - emessa dai tribunali militari di guerra costituiti presso i corpi di spedizione - avente esecutività immediata.

A ciò si è cercato inizialmente di porre rimedio, derogando a tale automatismo legislativo mediante decretazione d'urgenza: ignorato in occasione della spedizione militare in Libano (1982), il problema è stato così risolto nelle successive operazioni militari nel Golfo Persico (1988), in Iraq (1990), in Somalia ed in Mozambico (1993) nei Balcani (1999), in Afghanistan (2001). Fino a quando, con legge n. 247 del 2006 **25**, è stata disposta l'applicazione del c.p.m.p. a tutte le missioni oggetto di proroga, comprese quelle cui era stato applicato il c.p.m.g.

In simili vicende la realtà si vendicava, attestando la concreta e drammatica pericolosità della clausola di salvaguardia della pena capitale prevista originariamente in Costituzione.

È solo con la sua revisione del 2007 che il problema viene finalmente reciso alla radice: il passaggio dalla deroga legislativa all'abolizione costituzionale configura una scelta normativa non più precaria perché, ora, garantita dalla rigidità della Costituzione. Oggi, nulla osta – almeno sotto il profilo sanzionatorio – all'applicazione delle leggi militari di guerra anche ai contingenti italiani in missione all'estero, essendosi ormai stabilito definitivamente che quelle leggi non possono più contemplare la pena capitale.

4. Divieto di estradizione passiva verso Paesi che contemplano la pena di morte

Quarto corollario **26**. Il divieto di pena di morte s'impone con tutta la sua efficacia quando lo Stato italiano riceve, da parte di altro Stato, la richiesta di consegna di un soggetto imputato per un reato punito con la pena capitale. Richiesta che va respinta al mittente.

È stata la Corte costituzionale **27** (sentenze nn. 54/1979, 233/1996) a rimodulare le dinamiche della c.d. estradizione passiva, anteponendo alle esigenze della cooperazione giudiziaria tra Stati il diritto alla vita dell'estradando. E lo ha fatto dichiarando illegittime le norme interne che recepivano accordi bilaterali nella parte in cui consentivano che venissero estradate persone imputate di reati sanzionati (in Francia, negli Stati Uniti) con la pena capitale.

Di più. La Consulta ha rimesso addirittura in discussione la prassi internazionale che si accontenta di assicurazioni diplomatiche circa la non applicazione della pena di morte da parte dello Stato richiedente l'extradizione: **28** a vietarla, infatti, è sufficiente che nello Stato di destinazione l'estradando *rischi* la pena capitale, «*perché il divieto contenuto nell'art. 27, comma 4, Cost. e i valori ad esso sottostanti – primo fra tutti il bene essenziale della vita – impongono una garanzia assoluta*» (sentenza n. 233/1996). Si afferma così, attraverso il giudicato costituzionale, la tesi del valore universale del principio abolizionista.

La legge costituzionale n. 1 del 2007, *a fortiori*, consolida tale giurisprudenza, assolutizzandone i corollari operativi.

5. Divieto di espulsione dello straniero verso Paesi che contemplano la pena di morte

Quinto corollario 29. Ciò che vale per l'extradizione *deve* valere anche per l'espulsione e l'allontanamento dello straniero verso paesi dove rischi la pena di morte.

È la sentenza costituzionale n. 54/1979 a riconoscere l'operatività del divieto della pena capitale nell'ambito dei rapporti internazionali dell'Italia con *tutti* gli Stati (e non solo con quelli che hanno sottoscritto accordi bilaterali con il nostro Paese). Ed è sempre con la medesima sentenza che la titolarità del diritto a non essere estradato verso uno Stato non abolizionista viene riconosciuta (anche) allo straniero.

Né serve obiettare che l'Italia non sarebbe la diretta responsabile della pena di morte inflitta altrove: infatti, l'art. 27, comma 4, Cost. vieta anche il *concorso indiretto* all'esecuzione capitale. Sul punto la giurisprudenza costituzionale è inequivoca 30: «*Deve considerarsi lesivo della Costituzione che lo Stato italiano concorra all'esecuzione di pene che in nessuna ipotesi, e per nessun tipo di reati, potrebbero essere inflitte in Italia nel tempo di pace*» (sentenza n. 54/1979). Ed è un principio generale del diritto penale quello per cui non evitare un reato che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo.

6. Il principio abolizionista oltre i confini nazionali

Da tutto ciò emerge come la revisione dell'art. 27, comma 4, Cost. obblighi il nostro ordinamento a rifondare una grammatica delle relazioni internazionali, che elevi la questione della pena di morte e della sua abolizione a *standard* giuridico. Ecco un altro corollario operativo, il sesto della serie, capace di varcare i confini nazionali 31.

L'abolizione della pena di morte, oggi, è condizione necessaria per l'appartenenza e per l'adesione all'Unione Europea 32. Tanto più

all'indomani dell'approvazione della Carta di Nizza (cui, dopo il trattato di Lisbona, va riconosciuto lo stesso valore del diritto convenzionale). Per il suo art. 2, «*Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato*»; coerentemente, per il suo art. 19, nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte (o alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti).

Anche il Consiglio d'Europa **33** impone agli Stati parte una moratoria immediata della pena capitale e la ratifica in tempi brevi (almeno) del 6° Protocollo addizionale alla CEDU, che vieta il ricorso alla pena di morte, salvo che «per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra» tassativamente previsti dalla legislazione nazionale. Nel tempo, l'asticella si collocherà ancora più in alto. Sono infatti più stringenti gli obblighi scaturenti dal 13° Protocollo addizionale alla CEDU, che abolisce la pena di morte «in ogni circostanza»: una volta accettati da tutti gli Stati parte rappresenteranno la nuova frontiera del Consiglio d'Europa in materia. L'Italia ha già provveduto alla sua ratifica ed esecuzione con legge 15 ottobre 2008, n. 179, resa possibile proprio dalla revisione costituzionale apportata un anno prima all'art. 27, comma 4.

Quanto accade in ambito UE e CEDU è particolarmente significativo e innovativo: la scelta abolizionista assume per noi europei un inedito rilievo identitario, come dimostra una recente indagine comparata in materia **34** (Fausto Vecchio, *L'Europa e la pena di morte. Comparazione giuridica e strategie abolizioniste*, Cedam, 2017) e come dimostra il fatto che – con la sola eccezione della Bielorussia – il nostro continente non conosce patiboli. L'avversione alla pena di morte rappresenta una tradizione costituzionale comune, tale da indurci a forzare l'idea stessa di sovranità nazionale.

È rintracciabile un eguale orizzonte di senso nell'esclusione della pena di morte dal novero delle sanzioni contemplate negli statuti dei Tribunali penali internazionali, per quanto indicibile sia il crimine commesso dal condannato **35**.

Ciò vale per le Corti penali internazionali *ad hoc* istituite sui crimini commessi in Ruanda e nella ex Jugoslavia, come anche per lo statuto di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale. Si tratta di un'evoluzione significativa, rispetto alle pregresse esperienze dei

Tribunali internazionali *post* bellici: sia lo statuto del Tribunale di Norimberga (1945) sia quello del Tribunale di Tokyo (1946) contemplavano per i crimini di guerra la pena di morte, che venne altresì applicata in concreto.

Come un sasso lanciato in acqua **36**, la messa al bando della pena di morte traccia cerchi concentrici sempre più ampi, includendo così inediti campi d'azione.

Il più noto, è la politica della moratoria universale della pena capitale perseguita dalle Nazioni Unite, e di cui l'Italia è Paese trainante **37**. Dopo due tentativi falliti, l'Assemblea Generale dell'ONU ha approvato negli ultimi dieci anni sei risoluzioni miranti all'introduzione di una sospensione delle esecuzioni capitali, nella prospettiva di una definitiva abolizione della pena di morte: è accaduto nel 2007, nel 2008, nel 2010, nel 2012, nel 2014, nel 2016. L'approvazione e l'implementazione di tali risoluzioni si è tradotta, dal 2007 ad oggi, nella mancata fucilazione, impiccagione, uccisione per iniezione letale di migliaia di condannati a morte: provate, solo per un attimo, a mettere in fila indiana i volti e le voci di tutti questi sopravvissuti, e capirete che non si tratta di un mero dato statistico. Inoltre, è importante che l'impegno della comunità internazionale a lavorare per un mondo senza più la pena capitale sia stato confermato con il voto del dicembre di due anni fa, nonostante la minaccia in atto del terrorismo e delle altre sfide alla sicurezza globale.

Sempre in ambito internazionale, si è aperto un nuovo fronte nella battaglia di scopo per il superamento della pena di morte: le uccisioni mirate mediante aerei privi di pilota (i c.d. *droni*) **38**. Arma *low-cost* per eccellenza (in termini di vite in gioco e di costi economici), i droni sono inediti strumenti di punizione capitale, moderni boia meccanici che agiscono dall'alto, come racconta il libro di un giornalista e scrittore americano **39** (William Langewiesche, *Esecuzioni a distanza*, Adelphi, 2011). Eseguono qualcosa di molto simile a vere e proprie esecuzioni extragiudiziarie, decise da autorità statali, estese anche a civili residenti all'estero: cittadini che in patria godrebbero di tutte le garanzie possibili, anche quelle previste dal sistema arcaico della pena capitale. Si deve, per ora, al libro di uno storico e filosofo francese **40** (Chamayou Gregoire, *Teorie del drone. Principi filosofici del diritto di uccidere*, DeriveApprodi, 2014)

un'analisi critica delle varie tesi giuridiche elaborate per legittimarne l'uso. Ne raccomando la lettura.

7. La portata epistemologica del principio abolizionista

La legge costituzionale n. 1 del 2007 rappresenta una riforma epocale anche dal punto di vista epistemologico: è il suo settimo corollario **41**. Anche per questo sorprende che la dottrina giuspublicistica le abbia riservato una così scarsa attenzione. Mi limito solo a qualche esemplificazione, tra le molte possibili.

La scelta abolizionista, innanzitutto, conferma il paradigma costituzionale rieducativo della pena, declinandolo una volta per tutte in termini di recupero sociale **42**. La soppressione della pena capitale, infatti, cancella *l'unica* eccezione costituzionalmente prevista alla finalità dell'art. 27, 3° comma - a tenore del quale «*Le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato*» - restituendole così coerenza sistematica. Rispetto a tale vincolo teleologico, infatti, la conservazione della pena capitale nei casi previsti dalle leggi militari di guerra rappresentava una distorcente e intrusiva norma costituzionale: perché è a tutti evidente che non si può recuperare al consorzio sociale chi è stato ucciso. Ora, davvero, si può affermare che, per la Repubblica italiana, nessuna persona è mai persa per sempre.

Di più. Oltreoceano, la giustificazione aggiornata della pena di morte è ora in un suo evoluto scopo terapeutico: Caino va giustiziato nel nome di Abele perché la sua esecuzione è un modo per ripristinare il benessere collettivo e fornire una chiusura psicologica alle vittime traumatizzate. È così che negli Stati Uniti d'America (come ci raccontano due libri preziosi, di Franklin Zumring e di David Garland) **43** la pena di morte è riuscita ad affrancarsi dalla pessima reputazione di vendetta privata per mano pubblica, rispondendo ora a un più civile ed evoluto scopo terapeutico. Così, attraverso la bacchetta magica dell'empatia verso la vittima e i suoi familiari, la pena di morte non ha più nulla di patibolare, trasformandosi d'incanto in una moderna terapia di sostegno. Del resto, la sua stessa modalità per iniezione letale somministrata al condannato «assomiglia di più ai protocolli di

morte assistita (...) che non allo splendore dei supplizi di foucaultiana memoria» (Adolfo Ceretti, *Prefazione*, ivi, 18).

Di questa moderna metamorfosi delle massime pene bisogna sottolineare l'insidiosità. Muovendosi infatti sul piano deontico, alimentato dal senso di colpa e di immedesimazione verso le vittime (e i loro familiari), l'argomento terapeutico si sottrae a qualsiasi contestazione empirica e la pena capitale diventa un servizio che la comunità statale *deve* alle vittime.

La cancellazione della pena capitale dal testo costituzionale, *a contrario*, è un possente indizio circa il monopolio pubblico del diritto punitivo, che va posto al riparo da forme di sostanziale privatizzazione della reazione sanzionatoria penale.

È una diga **44** che mi auguro possa reggere la forza d'urto proveniente dall'onda di piena del consenso di cui gode (nella giurisprudenza della Corte EDU, nelle direttive UE, in settori sempre più larghi della dottrina penalistica, finanche agli Stati generali dell'esecuzione penale) l'idea di rifondare il senso della pena a partire dai bisogni delle vittime. È l'idea molto *trendy* di una giustizia riparativo-conciliativa, cui inviterei a guardare con maggior senso critico (come fa ora, nel suo recentissimo libro **45**, Anna Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Franco Angeli, 2018).

Ricordo a tutti, infatti, che il monopolio statale nell'esecuzione penale serve proprio per emanciparla dalla vendetta privata. In questo modo l'istanza di vendetta della vittima viene trasformata – dallo Stato di diritto - in esigenza di giustizia pubblica: Perché è certamente vero che Caino deve essere punito, ma non da uno Stato che sia uguale o peggiore d Caino.

La portata ermeneutica del nuovo art. 27, 4° comma, non si ferma qui. Lo stesso principio di proporzionalità delle pene, versione laicizzata e moderna della legge veterotestamentaria del taglione («occhio per occhio, dente per dente, vita per vita») **46** ne esce illuminato, giustificandosene una declinazione normativa mite e mai in termini simbolici o di vendetta sociale.

Con l'abolizione della pena di morte, infatti, viene respinta una lettura per equivalente della retribuzione e dell'afflizione penali, condizioni minime senza le quali la pena cesserebbe di essere tale. Si

conferma così – una volta per tutte – che la risposta sanzionatoria di uno Stato costituzionale di diritto non può che essere sproporzionata *per difetto* rispetto al crimine punito. Anche perché, come diceva il Mahatma Gandhi, «*l'occhio per occhio finisce per rendere cieco il mondo*».

Infine, dietro l'abolizione della pena di morte si coglie anche il rifiuto di trattamenti penali irreversibili **47**: la pena capitale viene eliminata proprio perché si regge sulla fallacia normativistica di un ordinamento processuale a prova di errore giudiziario.

Il rischio di condannare un innocente, invece, è sempre possibile (come presuppone **48** l'art. 24, comma 4, Cost.), dunque nessuno dovrebbe essere punito in modo irrimediabile. Eppure in Italia accade ancora, con la condanna all'ergastolo c.d. ostativo, il cui regime è un atto di fede verso un ordinamento infallibile **49**. L'ergastolo ostativo (previsto, per taluni gravi reati associativi, dall'art. 4-*bis*, ord. penit.) è la variante più crudele del carcere a vita: si traduce, infatti, in un regime integralmente detentivo, fino alla morte del condannato, cui sono preclusi tutti i benefici penitenziari extramurari (permessi premio, semilibertà, liberazione condizionale). Il solo modo per uscire da tale condizione è collaborare proficuamente con la giustizia. O morire.

L'ottusità di tale regime genera, così, un paradosso kafkiano **50**: se mai verrete condannati all'ergastolo ostativo, auguratevi di essere davvero colpevoli (perché solo il colpevole può utilmente collaborare, guadagnando così i benefici penitenziari). Ma se malauguratamente siete innocenti, purtroppo sarà peggio per voi: dovrete, infatti, rassegnarvi a morire murati vivi.

Pena capitale ed ergastolo ostativo, dunque, possono essere sussunti nella medesima categoria della morte come pena, in ragione della loro comune natura eliminativa. Attraverso l'ergastolo ostativo lo Stato si prende la vita del condannato, murandolo per sempre dentro un carcere. E così, mentre «*nessuno sa quando e dove morirà, l'ergastolano ostativo sa dove*» (Adriano Sofri).

Una pena integralmente intramuraria, senza cadenze né scadenze, dove ogni giorno trascorso è un giorno in più (e non in meno) di detenzione, rappresenta una pena *diversamente* capitale.

8. Pena *di* morte e pena *fino* alla morte

Della pena capitale, dunque, il carcere a vita (*rectius*: a morte) rappresenta edittalmente la misura vicaria **51**.

Così è stato storicamente, quando l'ergastolo si affermò non come alternativa umanitaria alla pena capitale ma per ragioni di maggior efficienza: era lo stesso Cesare Beccaria **52** a considerare l'estensione di una pena perpetua ben più afflittiva dell'intensità della condanna a morte. E qualcuno mi dovrà pur spiegare – prima o poi – come si possa sostenere la maggiore severità dell'ergastolo rispetto alla paura della morte ma, al contempo, giudicare illegittima solo la pena capitale e non anche il carcere a vita.

Così è stato giuridicamente, quando – vigente la pena capitale – l'art. 38 c.p. **53** equiparava la condizione giuridica dell'ergastolano a quella del condannato a morte. O quando nel periodo transitorio, e poi all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, la pena di morte fu sostituita con l'ergastolo. Il suo ruolo di misura vicaria persiste ancora oggi, in forza del rinvio mobile dell'art. 1, legge n. 589 del 1994 **54**, il quale, abrogando la pena di morte dall'ordinamento penale militare di guerra, la sostituisce con la pena massima prevista dal codice penale, che - allo stato del giure – conserva la foggia dell'ergastolo.

Pena *di* morte e pena *fino* alla morte, dunque, sono come gemelli diversi. In ragione di ciò, il carcere a vita si espone ad alcune delle obiezioni mosse già alla pena capitale e che hanno indotto il legislatore a cancellarne ogni traccia dall'ordinamento. Questo è **55** l'ottavo (e ultimo) corollario della revisione costituzionale approvata nel 2007.

Entrambe – ergastolo e pena di morte - esprimono un assolutismo retributivo che esige la vita di chi ha soppresso una vita (o altro bene giuridico equivalente), rivelando così l'assenza di ogni finalità risocializzante (in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.).

Entrambe corrispondono al convincimento che vi siano delitti il cui prezzo è incommensurabile, quando invece un diritto penale che voglia essere diverso dal proprio oggetto, davanti ai crimini più gravi, non può rivelarsi altrettanto feroce: le pene, infatti, «*non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*» (art. 27,

comma 3, Cost.) **56**. Va rammentato, infatti, che in una nota sentenza della Corte EDU **57**, l'accertata violazione del divieto di trattamento inumano e degradante (art. 3 CEDU, che dell'appena citata norma costituzionale è l'equipollente) era integrata dalla condizione – anche solo ipotetica – di un condannato che, se estradato negli Stati Uniti, avrebbe dovuto «soggiacere per lunghi anni nel braccio della morte e all'angoscia e alla tensione crescente del vivere all'ombra sempre presente della morte». Vale per il condannato *a* morte. Vale anche per il condannato *fino* alla morte.

L'attuale art. 27, comma 4, Cost. compendia tutto ciò, affermando il divieto assoluto e generalizzato della morte come pena. Così interpretato, l'ergastolo finisce per configurarne un'illegittima eccezione.

Già in passato, nel 1961, taluna dottrina **58** – per quanto isolata e temeraria - riteneva implicitamente abrogato dalla Costituzione l'art. 22 c.p., invitando i giudici a disapplicarlo, com'è loro facoltà fare nei confronti di norme anteriori alla Costituzione che siano con esse in antinomia sostanziale. Dopo la legge costituzionale n. 1 del 2007, quell'antinomia mi pare ancor più evidente, bisognosa però di essere sanzionata *erga omnes* a Palazzo della Consulta.

9. La morte come pena e la dignità del condannato

Scopriamo così, giunti alla fine, che nel nostro ordinamento non esiste più la pena *di* morte, ma esiste ancora la pena *fino* alla morte. O, se preferite, «*invece che alla morte immediata condanniamo ancora alla morte al rallentatore*» (Italo Mereu). Il silenzio tombale sulla necessità di essere coerenti con la riforma costituzionale del 2007 abolendo anche il carcere a vita è – a suo modo – rivelatore. Come osservava Albert Camus **59** «*nella nostra civilissima società la gravità di un male è rivelata dalla reticenza con cui se ne parla*», e quanto più lo si presenta come «*una dolorosa necessità*», tanto più si tende «*a non parlarne, perché il fatto è sconveniente*».

La riflessione di Camus, svolta allora con riguardo alla pena di morte, si può pacificamente estendere oggi all'ergastolo, che della pena capitale è l'ambiguo e incostituzionale luogotenente. Entrambe, infatti, chiamano in causa il mancato rispetto della dignità umana.

Intendiamoci. Personalmente, ho sempre guardato con sospetto **60** all'uso bulimico che la dottrina fa della dignità umana, per lo più elevata aprioristicamente a principio supremo dell'ordinamento. Ne diffido per la sua carica assiologica (che ne fa un asso pigliatutto calato sul tavolo per spegnere ogni discussione) e per la sua impalpabile definizione (che ne fa una categoria agevolmente strumentalizzabile per qualsiasi causa). Se posso dirla tutta, credo che ad essa ricorra il giurista positivo quando è a corto di argomenti o quando non ha voglia di fare il proprio mestiere, che è quello di interpretare il diritto positivo (che, a livello costituzionale, parla solo di pari dignità sociale, all'art. 41, comma 2).

Ecco perché, per superare l'ambiguità del paradigma della dignità umana, è necessario innanzitutto [1] agganciarlo a precise disposizioni costituzionali capaci, volta per volta, di dargli sostanza normativa: se la dignità è il distillato della Costituzione, è nel testo costituzionale che vanno ricercati i suoi specifici agganci. Non basta: [2] si deve anche declinare la dignità in termini molto concreti, come «*volontà di preservare fino all'ultimo una qualche qualità della vita della persona*» (Luigi Manconi) **61**: non principio astratto, dunque, semmai regola concreta, addirittura somatizzata; non generica dignità umana bensì *personale*, che trova il suo involucro nel *corpo* individuale, che non può mai essere separato da chi lo abita.

Ecco il punto: il corpo è la sede fondativa dei diritti, e la sua inviolabilità chiama sempre in causa la dignità della persona.

Così concretizzata e situata, la dignità umana molto ha a che fare con il disegno costituzionale della pena, che è sempre pena corporale (come insegna **62** Daniel Gonin (*Il corpo incarcerato*, Edizioni Gruppo Abele, 1994), e dove i divieti affermati negli artt. 13, 27 e 32 di trattamenti contrari al senso di umanità fondano il divieto di bilanciamento (legislativo o giurisdizionale) della dignità personale del soggetto ristretto. Non a caso la giurisprudenza che invoca la dignità del detenuto riguarda temi come il sovraffollamento carcerario, l'amputazione della sessualità in carcere, le restrizioni ingiustificate alla libertà personale dei regimi detentivi speciali, l'autolesionismo e i suicidi dietro le sbarre: cioè, appunto, la dignità del corpo dietro le sbarre.

Nel caso poi della morte come pena, la dignità del detenuto viene in gioco addirittura nel suo nucleo essenziale, come dimostra un recentissimo libro **63** (Nicola Valentino, *Le istituzioni dell'agonia. Ergastolo e pena di morte*, Sensibili alle foglie, 2018). Pena capitale e carcere a vita, con la loro feroce esemplarità in nome di esigenze collettive di difesa sociale, strumentalizzano il corpo del condannato fino alla sua eliminazione. Ne fanno un mezzo per l'affermazione di obiettivi generali d'intimidazione, deterrenza, vendetta (pubblica o privata): il che è sicuramente escluso dalla nostra Costituzione, dove ogni persona (anche la più cattiva tra i cattivi) è tutelata nella sua concreta dignità individuale, perché – direbbe il costituzionalista – la dignità non si acquista per meriti né si perde per demeriti.

The end **64**